جامعة تبسة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

فرع: تنظيم إداري

تحت عنوان

الرقابـــــــــة القضائيـــــــــة على السلطة التقديرية للإدارة

إعداد الطـــــــالب الباحث:

بوالنـــح عـــادل

إشراف الأستاذ الدكتـــور:

عمـــار بوضيـــاف

لجنة المناقشة

د/ بشير هادفي: أستاذ محاضر (أ)..........جامعة تبسة....................... رئيسا.

أ.د/ عمار بوضياف: أستاذ التعليم العالي....جامعة تبسة....................... مشرفا و مقررا.

د./ إبراهيم ملاوي: أستاذ محاضر (أ).......جامعة أم البواقي................ ممتحنا.

د./ مختار بوعبدالله: أستاذ محاضر (أ)........جامعة أم البواقي................ ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 27/نوفمبر/2014.

السنة الجامعية: 2013 - 2014

إهداء

إلى أعذب كلمة نقشت بذاكرتي..

و نطق بها لساني..

إلى أمي الحبيبة.

إلى أخي عصام الذي أرجو له الإستقرار و الإزدهار

و أتمنى له الشموخ و الرقي.

إلى روح الفقيد أبي...إلى جدي...إلى جدتي وحبيبتي الزغدة......ودعائي لهم، ربي أرحمهم كما ربوني صغيرا.

إلى عمي وعمتي...موني ، مخلوف.

إلى روح الفقيدة جدتي (عزيزة) رقية.

إلى كل أخوالي و خالتي...وأخص بالذكر...عبد السلام ، مسعود ، نورالدين ، عميرة ، حورية ، نصيحة ، دليلة ، عديلة(صافية) ، فلة.

إلى أعز أصدقائي...فتوح ، محمد ، زهير ، عبد الرحمن ، الطيب ، عمر .

الباحث

شكر و عرفان

أتقدم أولا بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني في إنجاز هذا البحث.

كما أتقدم بخالص شكري وفائق تقديري لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: عمار بوضياف.

و الذي وجهني وشجعني على مواصلة هذا البحث وإتمامه.

إلى الأساتذة الكرام الذين سوف يتفضلون بمناقشة هذه المذكرة.

-الدكتور: هادفي بشير.

-الدكتور: بوعبدالله مختار.

- الدكتور: ملاوي إبراهيم.

وإلى كافة الذين ساعدوني من قريب أو بعيد لإنجاز هذا البحث.

الباحث

الباحث

ملخص

يضمن مبدأ المشروعية خضوع أعمال الإدارة وتصرفاتها لرقابة القضاء سواء كانت هذه الأعمال صادرة بناءا على ممارسة السلطة المقيدة، أو السلطة التقديرية.

ومن بين الأعمال الإدارية التي قد يخضعها القضاء الإداري لرقابته **السلطة التقديرية للإدارة**، وهو موضوع دراستنا.

وقد قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الإطار النظري للسلطة التقديرية للإدارة، والذي خلصنا فيه إلى تأصيل ماهية السلطة التقديرية للإدارة.

أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى التطبيقات العملية لهذه السلطة في ظل الاجتهاد القضائي، والذي خلصنا فيه إلى نشأة وتطور واتساع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هذا التطور الذي شمل الرقابة على التناسب والملائمة، بعد أن عجزت الأساليب التقليدية عن الحد من السلطة التقديرية للإدارة، وقد كانت بداية هذا التطور بإبتداع نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، والذي يجمعهما رابط فكرة التناسب.

وخلصنا في خاتمة هذا البحث إلى أن هذه الأساليب الحديثة في الرقابة توصلت إلى عقلنة الإختيارات التقديرية للإدارة، أما قضاءنا الإداري الجزائري لا يزال بعيد وغير مواكب للتطور الذي حققه القضاء الإداري المقارن، هذا بالإضافة إلى نتائج أخرى.

Résumé

Le principe de légalité assure la soumission des actes de l’administration au contrôle juridictionnel, qu’elle que soit sa compétence et ses pouvoirs liés ou bien discrétionnaire.

Parmi les plus importants sujets qui peuvent être au contrôle juridictionnel, on trouve le domaine discrétionnaire de l’administration, qui fera l’objet de notre étude.

Pour une meilleure approche de notre étude, nous avons répartis notre travail en deux chapitres :

Le premier chapitre a été consacré principalement au cadre théorique régissant le pouvoir discrétionnaire, qui a permis de mettre la lumière sur la notion, ainsi que le fondement de ce pouvoir.

Le deuxième chapitre, ce dernier avait traité les modalités et les applications pratiques de ce pouvoir, sous la lumière de la jurisprudence, qui nous a permit de mettre l’accent sur la jeunesse, l’évolution et plumeur de contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire, ladite évolution englobe le contrôle de proportionnalité et l’opportunité, après l’échec des méthodes classiques du contrôle à limiter les dérives du pouvoir discrétionnaire.

En effet, les débuts de ce développement ont été le résultat de la jurisprudence administrative qui a inventé la théorie de l’erreur manifeste, ainsi que, la théorie du bilan coûts-avantage, ce qui les réunies avec le même lien à savoir l’idée de proportionnalité.

A la fin, on a constaté dans cette recherche a montré que ces méthodes moderne ont arrivés a rationnalisé les choix discrétionnaires de l’administration.

S’agissant de la juridiction administrative algérienne, cette dernière, reste toujours en retard pour atteindre le développement de la juridiction administrative comparé, ainsi que les autres conséquences.

المـــــــقدمـــة

يتمتع المتعاملون مع الإدارة في دولة القانون بحقوق على الإدارة وينتظرون منها إحترام القواعد السارية المفعول ويستطيعون عند الحاجة إجبارها على إحترام هذه القواعد من خلال ما يمارسونه من طعون قضائية، فالأصل أن دولة القانون هي الحالة التي تكون فيها الإدارة خاضعة للقانون، ويمكن بالإضافة لهذا القول بأن دولة القانون هي تلك التي يكون فيها نشاط الإدارة مراقب مراقبة حازمة وتجازى عند الإقتضاء من طرف القاضي الإداري، وبالتالي التسليم بمبدأ المشروعية.

غير أن المشرع عندما يمنح لرجل الإدارة سلطة معينة وحينما يزوده بإختصاص ما، فإنه يسلك في ذلك أحد السبيلين:

- فالمشرع قد يفرض عليه بصفة آمرة و محددة و على سبيل الإلزام الهدف المعين الذي يجب على رجل الإدارة بلوغه وتحقيقه، راسما له ومسبقا الطريق الذي يسلكه في ممارسته لهذا الإختصاص، و هذا ما يسمى "بالسلطة المقيدة للإدارة" بما يحدده القانون لرجل الإدارة

- ولكن المشرع كثيرا ما يترك للإدارة قدرا من حرية التصرف، وهذا عن طريق تحديده للسلطات والإختصاصات المخولة لرجل الإدارة بشكل تقديري بحث، يترك له الحرية التامة في تصرفاته وأعماله بشأن هذه الإختصاصات دون أن تكون خاضعة لأي شرط أو قيد قانوني، وهذا ما يشكل بما يعرف "بالسلطة التقديرية للإدارة".

والسلطة التقديرية للإدارة التي ينجم عنها الإعتراف لجهة الإدارة بقدر من الحرية في أداء العمل الإداري و عدم تكبيل إرادتها كما هو الحال بالنسبة للسلطة المقيدة، فعيبها أنها قد تستغل للمساس بحقوق و حريات الأفراد و هو أمر خطير يؤدي إلى عواقب وخيمة تضر بالمصلحة العامة، خاصة وأن كل من الفقه و القضاء الإداريين قد إستقر على أن السلطة التقديرية للإدارة هي أمر لازم للإدارة العامة، كضرورة لا غنى عنها لتحقيق النظام و الإدارة الحسنة وبالتالي صالح الجماعة، بحكم أنها الأكثر علما والأقرب ميدانيا، والأكثر إتصالا بالحياة اليومية الإدارية الجارية على مستوى مصالحها، كذلك الأكثر علما بالمعطيات الجديدة و بالمسائل الغير مشمولة بالنص وحتى تفاديا لعيوب السلطة المقيدة أيضا.

ومن أجل كل هذا فرضت الضرورة في أن يتاح للإدارة قدر من الحرية، لإعمال فكرها و تقديم إبتكارها وإختيار أفضل الحلول وأحسنها، و إلا كانت كالسائق الذي يعرف معالم الطريق و لا يحسن السير فيه، فقد قيل أنه إذا التزمت الإدارة بالهدف ترك لها شأن الوسيلة.

غير أنه وحاليا باتت جميع تصرفات وأعمال الإدارة ونتيجة للتطورات الحديثة و المتسارعة في هذا المجال تخضع لرقابة القضاء الإداري، سواء كانت صادرة منها عند ممارستها لسلطتها المقيدة أو التقديرية، إذ يستطيع القضاء الإداري إبطالها إذا ما مست بحقوق و حريات الأفراد بمناسبة مخالفة هذه الأخيرة "لمبدأ المشروعية" و سيادة القانون في الدولة وهنا يقع التصادم ما بين سلطتين، سلطة تنفيذية تمارس إختصاص تقديري و سلطة قضائية تمارس رقابة من شأنها إعدام نتاج هذه الإختصاصات بإلغائها نهائيا، وبالتالي الإخلال بمبدأ آخر وهو "مبدأ الفصل بين السلطات"، كل هذا على خلفية و أرضية الإعتداء والإخلال بمبدأ المشروعية من خلال القرارات الصادرة في إيطار السلطة التقديرية، خاصة وأن هذه السلطة تعتبر كأحد القيود الواردة على مبدأ المشروعية في الدولة.

وما يزيد الطين بلة، فمن جهة لا يمكن أن نتصور السلطات الإدارية سلطة تمس بحقوق و حريات الأفراد في دولة يسودها القانون، ولا يمكن أن نتصور من جهة أخرى سلطة قضائية تجعل من نفسها سلطة رئاسية على الإدارة العامة تلغي متى تشاء قرارات هذه الأخيرة خاصة وأن السلطة التقديرية للإدارة وهي موضوع دراستنا ترتبط "بفكرة الملائمة"، فالقانون يترك لها حرية تقدير ملائمة أعمالها و تصرفاتها وفي هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء الإداري على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية دون الملاءمة حفاظا على مبدأ الفصل بين السلطات.

أهمية الدراسة

1- من الناحية العلمية:

تنبع أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية، كون أن موضوع السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية عليها من المواضيع الغير ثابتة و المعرضة للتطور يوم بعد يوم و دون إنقطاع، مما يستلزم وآليا دراسته بإستمرار وعلى الدوام للوقوف على التطورات و المستجدات الحديثة التي توصلت إليها إجتهادات القضاء الإداري و آراء ونظريات الشراح وفقهاء القانون الإداري و ما أصاب هذه النظرية منها وما حققته رقابة القضاء الإداري عليها بصفة رسمية و مؤكدة، خاصة وأن مستجدات هذه الدراسة متعلقة بإجتهادات مجلس الدولة الفرنسي مهد القانون الإداري والذي وضع على عاتقه ضبط قواعده وصياغة أحكامه ونظرياته، و تطويرها بما يكفل التوفيق بين حاجات الإدارة وحقوق الأفراد، كذلك القضاء الإداري المصري الذي يستجيب وبسرعة ومرونة لهذا التطور، وحتي أنه يزيد عليه بعد أن يقتبس أصله.

وكل هذا للوقوف بذلك إلى مدى تأثر القضاء الإداري الجزائري بهذه التطورات و المستجدات، ومن شأن هذه النتيجة التي نتوصل إليها من خلال دراسة تأثر القاضي الإداري بنظرائه، أن توضح من جهة موقفه وموقعه من كل هذا ومن جهة أخرى معرفة واقع ممارسة السلطة التقديرية في الإدارة العامة.

وكذلك بإعتبار أن هذه الدراسة موضوعها مازال و لا يزال قيد البحث وهدف من أهداف الباحثين المستقبليين فقد تساهم في توجيههم وفي إثراء دراستهم وأبحاثهم المستقبلية، فتكون بالتالي تكملة لما تم الكشف عنه وإنطلاقة لما يمكن إضافته مستقبلا.

2- من الناحية العملية:

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أهم موضوعات القانون الإداري على الإطلاق ومن أكثر الموضوعات إثارة للنقاش والجدل بين الفقهاء والأكثر إثارة للحيرة سواء بين المشرعين أو القضاة وخبراء القانون، ويصعب صياغة نظرية شاملة محكمة تضع له قواعد واضحة و محددة تستوفيه بحيث يغدو لا يقبل الدراسة و البحث، كما أن هذه الدراسة من أكثر الموضوعات إثارة و حيوية، و أحد المعالم المميزة و الخصبة التي تدور حولها معظم دراسات هذا القانون و إشكاليته المختلفة، وقد عبر **الأستاذ مارسيل فالين** عن ذلك بقوله **"**لو شئنا تعريف القانون الإداري في بضع كلمات لقلنا بعد إستبعاد الدراسة الوصفية للهيئات الإدارية، بأنه القانون الذي يعنى بدراسة السلطة التقديرية للإدارة، و القيود التي ترد على ممارستها لهذه السلطة**"**.

كما قد تكون هذه الدراسة المتواضعة مرجع لكل باحث متخصص في الميدان، كما يمكن للقائمين على الإدارة العامة أن يستفيدوا منه و لا سيما في معرفة الفارق والتمييز بين سلطاتهم التقديرية والمقيدة داخل الإيطار المنصوص عليه قانونا، وبالتالي إمكانية ضبط أعمالهم وتصرفاتهم والحرص على التوفيق فيما بين حسن سير المرافق الموضوعة و الخاضعة لمسؤوليتهم وبين حقوق وحريات الأفراد التي ما تكون غالبا مرهونة بإمكانية التحكم بهذا الضبط والتوفيق السليم من عدمه.

3- من الناحية التطبيقية في القضاء الإداري الجزائري:

تسليط الضوء على عمل قضاء مجلس الدولة الجزائري بمناسبة رقابته على أعمال الإدارة في ظل سلطتها التقديرية خاصة وأن الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بموضوع المذكرة و البحث نادرة، إضافة إلى أن أحكام مجلس الدولة الجزائري مقارنة بالقضاء المقارن يكتفي بإلغاء القرار الإداري أو المصادقة عليه ، دون ذكر وجه عدم المشروعية الذي إستند عليه مما يجعل الرقابة على السلطة التقديرية لإدارة غامضة بحد ذاتها في التشريع الجزائري .

أسباب الإختيار

1- الأسباب الموضوعية:

الغموض الذي يكتنف هذا الموضوع لأن موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وعلى الرغم من أنه مجال خصب للدراسة إلا أنه مازال يثير العديد من الإشكاليات

نتيجة تردد القضاء الإداري وتأرجح كفتيه بين التشدد والتسامح، فأحيانا يذهب في تشدده إلى إعتبار التجاوز في ممارسة السلطة التقديرية للإدارة من عيوب عدم المشروعية حتي و إن كان القصد منها تحقيق المصلحة العامة وحدها، وأحيانا أخرى يحاول أن يكون متسامحا برفع أو التخفيف من رقابته على هذا التقدير الصادر بغير قصد الإنحراف بهذه السلطة عن أهداف الصالح العام، وبالتالي يتدخل الفقه الإداري بنظرته التي لا تقبل الأمرين، فالأول يصادر و يشل السلطة التقديرية للإدارة وسيلة إبداع وإبتكار وحسن تنظيم وسير الإدارة العامة، والثاني إضعاف الرقابة على حدود السلطة التقديرية للإدارة التي من شأنها هضم الحقوق و الحريات.

كذلك الأهمية البالغة التي يكتسبها هذا الموضوع بوصفه موضوع العصر إضافة إلى النظريات الحديثة التي ظهرت بخصوصه، محاولة من الفقه والقضاء الإداريين التحكم في جوانبه المتشعبة و المتطرفة و الشاذة.

2- الأسباب الذاتية:

عامل الرغبة الشخصية للغوص في أعماق السلطة التقديرية للإدارة والرقابة المفروضة عليها ملتمسا إثراء تخصصي، خاصة وأن موضوع دراستي يتضمن الشقين معا أي شقي القانون الإداري، فشق يحتويه جانب التنظيم الإداري البحت وهو السلطة التقديرية للإدارة و شق يندرج في إيطار الإختصاصات الأساسية والمجهدة للقضاء الإداري بإعتباره منازعة إدارية وهي الرقابة القضائية المفروضة على هذه السلطة.

إضافة إلى الرغبة في تزويد المكتبة القانونية بهذا البحث المتواضع.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة محاولة مني أساسا الوصول إلى مبتغى تشكل في حقيقة الأمر من خلال تصفحي للدراسات السابقة التي تحمل نفس عنوان هذا الموضوع على مستوى الجامعات الأخرى على الصعيد الوطني وهذا دون القصد أو إمكانيتي بالطعن فيها، فإنها تناولت الجانب النظري والتطبيقي بنوع من الخلط، كما أنها أهملت بعض العناصر الأساسية سواء بالتطرق إليها بصورة جزئية أو بعدم التعرض لها، وهذا من شأنه أن يصعب للباحثين ولغير المتخصصين والمتمكنين من فهم موضوع السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها بشكل واضح وممنهج خلال قراءتها لهدف ما، لدى قررت إلى أن أتطرق إلى الجانب النظري للموضوع محاولا تفصيله وتأصيله بشكل ما يشبه التام، وإلى الجانب العملي والتطبيقي بسرد مراحل تطوره في ظل أحكام وإجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ومن إتبعه وصولا إلى القضاء الإداري في الجزائر.

ومن تم محاولة إسقاط الجانب النظري للموضوع على الجانب العملي لإزالة الغموض و الخلط بين الجانبين.

وأيضا محاولة إبراز موقف القاضي الإداري الجزائري إزاء مواجهته لقرارات الإدارة العامة بمناسبة ممارستها للإختصاص التقديري ومدى تأثره بالقضاء الإداري المقارن في هذا الشأن وهذا بالوقوف على الإجتهادات القضائية الفرنسية والمصرية حتي تشكل مرجعا حقيقيا للقضاء الإداري الجزائري في حل المنازعات الخاصة والمتعلقة بموضع الدراسة، وكيفية إستفادته من التطورات القانونية والقضائية على الصعيد الداخلي في العقدين الأخرين لإعمال نجاعة وفعالية رقابته.

وأخيرا محاولة الوصول إلى توضيح مدى كل من التقدير والرقابة عند الحد الأدنى و اللازم الذي يضمن تحقيق العدالة والمصالح العامة معا بفكرة لا إفراط في الأولى ولا تفريط في الأخرى.

إشكالية الدراسة

لفهم موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وإزالة الغموض عن كل جوانبه من جهة والتمكن من بلوغ أهداف هذه الدراسة المتواضعة من جهة أخرى، نطرح **الإشكالية الأساسية التالية:**

ما أصل السلطة التقديرية للإدارة و ملامح تطورات الرقابة عليها؟

لإمكانية تأصيل نظرية السلطة التقديرية للإدارة يجب ويستلزم هذا، البحث عن أصلها و مهد نشأتها، ولبلوغ هذا المسعى نثير التساؤل التالي:

ما أصل الجذور التاريخية الأولى التي إستمدت منها نظرية السلطة التقديرية وجودها الحالي؟

و يندرج تحت هذا التساؤل مجموعة من التساؤلات الفرعية وهي:

- كيف وجدت السلطة التقديرية للإدارة (أساسها)
- لماذا وجدت السلطة التقديرية للإدارة (مبرراتها)
- أين توجد السلطة التقديرية للإدارة في عناصر القرار الإداري (مجالها)
- كيف توجد السلطة التقديرية للإدارة (معيارها)

و لقد عرفت الرقابة القضائية على نشاط الإدارة تطورات كبيرة وهامة في القوانين المقارنة وخاصة القانون الفرنسي، فوصلت إلى مستوى أصبح فيها نشاط الإدارة موضوع تحت مجهر

القضاء الإداري يراقب من خلاله شرعية هذا النشاط من خلال الوسائل المتاحة للأفراد للطعن في شرعية الأعمال الإدارية الخاضعة للرقابة القضائية، هذا بصفة عامة، وبصفة خاصة فرض القضاء على السلطة التقديرية للإدارة رقابة صارمة وحازمة، وعليه فالتساؤل الذي يثار هنا:

ما هية ملامح و مراحل التطورات التي أصابت الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثر القاضي الإداري الجزائري بها؟

دراسات سابقة

على الرغم من أهمية هذا الموضوع وحيويته وإتساع وخصوبة مجال الدراسة فيه، إلا أني لم أجد خلال بحثي البيبليوغرافي وإطلاعي على الدراسات التي تناولت هذا الموضوع أطروحات ورسائل دكتوراه على المستوى و الصعيد الوطني، إذ إقتصرت الدراسة والبحث فيه على مجموعة من المذكرات لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، بعكس الدول الأخرى المقارنة و على رأسها فرنسا و تليها مصر فهناك عدة دراسات أنجزت بمناسبة إعداد رسائل الدكتوراه.

و هذه الدراسات السابقة في مجملها هي:

أ) بالنسبة لرسائل الدكتوراه

1- **عصام عبد الوهاب البرزنجي** ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة عليها ، دكتوراه مقدمة في كلية القانون عين الشمس ، القاهرة ، 1971.

2- **محمد مصطفى حسن** ، السلطة التقديرية للإدارة في القرارات الإدارية ، مطبعة عاطف ، 1974.

3- **رمضان محمد بطيخ** ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.

4- **سامي جمال الدين** ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الدراسات المتخصصة التي تحصلت عليها في شكل كتب إلا أن أصلها في الحقيقة هي عبارة عن رسائل دكتوراه.

ب) بالنسبة لمذكرات الماجيستير

1- **حاحة عبد العالي** ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع القانون العام- ، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية ، جامعة محمد خيضر ببسكرة ، 2005.

2- **بن هني لطيفة** ، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع الدولة و المؤسسات العمومية - ، كلية الحقوق ببن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2011 – 2012.

مناهج الدراسة

لتسهيل الدراسة والبحث في هذا الموضوع وبغرض الوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالية المطروحة والتساؤلات الناتجة عنها، فإني قررت إستخدامي منهجين، وهو أمر لابد منه فرضته طبيعة الموضوع وإيمانا مني بأنها سوف تغذي الدراسة وهي:

1- المنهج التحليلي:

هذا المنهج لابد منه، نظرا لطبيعة الموضوع التي تستدعي تحليل نظريات الفقه وأراء الشراح فيما يخص السلطة التقديرية للإدارة وكذلك تحليل كيف إتجه القضاء الإداري حول فرض الرقابة عليها لأول مرة ومن تم بداية تدرج وإتساع دائرة هذه الرقابة، مع إمكانية الإستعانة بهذا المنهج لتحليل موقف القضاء المقارن من فرض الرقابة على هذا النوع من السلطة ومدى تأثره بها.

2- المنهج المقارن:

الإستعانة بهذا المنهج لابد منها في هذه الدراسة والبحث فيها، ففي الأخير الرقابة على السلطة التقريرية للإدارة من إبتكار القضاء الإداري الفرنسي وطور جزء منها فيما بعد القضاء الإداري المصري.

صعوبات الدراسة

ومما لاشك فيه أن تناول هذا الموضوع بحد ذاته فيه مشقة كبيرة، كونه موضوع متشعب يصعب التحكم فيه ويتطلب العديد من الدراسات التي يبنى عليها هذا البحث.

كذلك كثرة النظريات العلمية المتعلقة بالموضوع تجعل من العسير الخروج برؤية واضحة وهذا بالطبع خلال مرحلة القراءة والتفكير التي تسبق مرحلة الإقتباس والكتابة والتحرير، ضف إلى ذلك الطابع المتطور والسريع لهذه النظريات تجعل من الصعوبة بما كان أن تتطابق مع واقع السلطة التقديرية للإدارة والرقابة عليها.

عدم وجود المراجع المتخصصة في الفقه الجزائري، وصعوبة الحصول على المراجع الأجنبية بالرغم من وجودها وهذا لخلو المكتبة القانونية الجزائرية منها.

بالإضافة إلى أن القاضي الإداري الجزائري لا يزال فتيا في هذا المجال ومما يصعب في الأمر، هو ندرة الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بهذا الموضوع على الرغم من أن هناك مجلة مجلس الدولة الخاصة بالقرارات القضائية في المجال الإداري، وهذا من شأنه أن يصعب البحث في الموضوع، مادام أنه يخلو من الإجتهادات المتعلقة بالموضوع، إن وجدت فإن أغلبيتها النادرة غير منشورة.

تقسيم الدراسة

لقد تم التصدي إلى هذه الدراسة بتقسيمها إلى فصلين:

- يتناول الفصل الأول منهما **الإطار النظري لفكرة السلطة التقديرية للإدارة** وينقسم بدوره إلى ثلاثة مباحث و هي:

- المبحث الأول: مفهوم سلطة الإختصاص التقديري للإدارة.
- المبحث الثاني: مجال التقدير و التقييد لعناصر القرار الإداري.
- المبحث الثالث: تحديد السلطة التقديرية للإدارة.

- ويتناول الفصل الثاني **التطبيقات العملية للسلطة التقديرية للإدارة في ظل الإجتهاد القضائي** والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين وهما:

- المبحث الأول: الأساليب القضائية التقليدية للتدخل في مراقبة السلطة التقديرية للإدارة.
- المبحث الثاني: الأساليب القضائية الحديثة لتوسيع نطاق الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

الفصل الأول
الإطار النظري لفكرة السلطة التقديرية للإدارة

تستمد السلطة الإدارية صلاحياتها عادة من القانون، و بإستثناء أعمال السيادة جميع قرارات الإدارة يجب أن تسند للقانون بمفهومه الواسع، وتختلف طبيعة الصلاحيات التي يمنحها المشرع للإدارة، بحيث يؤدي الصالح العام دورا أساسيا في تحديدها، فقد يحدد المشرع شروط إصدار القرار ومناسبته والكيفية التي يتم بها، أو قد يترك للإدارة حرية تقدير مناسبة وظروف إصدار للقرار، فسلطة الإدارة في الحالة الأولى تكون مقيدة في حين أنها في الحالة الثانية سلطة تقديرية، واختلاف طبيعة هذه الصلاحيات يعود أساسا لأسباب عملية تقتضيها المصلحة العامة، ومن أهم أسباب منح الإدارة سلطة تقديرية ناتج عن عدم قدرة المشرع على وضع الضوابط التي تحكم عمل الإدارة بصورة دقيقة، كما أن التشريعات الإدارية عادة ما تكون مرتبطة بحاجات المجتمع التي تخضع للتغير والتبديل بصورة دائمة ومستمرة، وهذا ما يجعل من هذه التشريعات بأن لا تخوض في التفاصيل ويقتصر دورها في وضع القواعد الرئيسية التي تنظم نشاط الإدارة تاركة التفاصيل لمحض تقدير الإدارة.

وحتى نتعرف على ماهية السلطة التقديرية يتعين علينا المحاولة من خلال هذا الفصل بيان مفهوم السلطة التقديرية للإدارة والكشف عن الفكرة المقابلة وهي السلطة المقيدة، ثم التميز بينها وبين الأفكار والمصطلحات المتشابهة، مع إيضاح الأساس والمبررات التي تقف وراء قيام هذه النظرية وهذا من جهة في (مبحث أول)، بعدها سنبين في (المبحث الثاني) مجال التقدير والتقيد في القرارات الإدارية، ثم نأتي مباشرة إلى تحديد السلطة التقديرية عن طريق التطرق إلى المعايير التي قدمها شراح القانون الإداري من أجل وضع معيار دقيق يحدد قيام هذه السلطة، ونخلص إلى طبيعة الإلتزام بممارستها وكيفية مباشرتها، وإلى مبرر فرض نوع من أنواع الرقابة على هذه السلطة على الرغم من أنها مقررة قانونا وهذا في (مبحث ثالث).

المبحث الأول: مفهوم سلطة الإختصاص التقديري للإدارة

نعالج في هذا المبحث تعريف ومعنى سلطة التقدير والإختصاص المقيد للإدارة، ثم تطور المجال التقديري عن طريق متابعة تطور فكرة التقدير وتدرجها، وإلى التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة والمقابلة لها، كما سنميز بينها وبين الأفكار والنظريات المشابهة، ونتعرض في الأخير لأساس السلطة التقديرية ومبررات الأخذ بها.

المطلب الأول: السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد للإدارة

وقبل التطرق إلى عناصر هذا المطلب، يتعين علينا أن نعرج في مقدمته إلى توضيح المعنى الدقيق لمصطلح الإختصاص ومصطلح السلطة، وهذا لإمكانية إستعمالهما كمصطلح واحد للدلالة على نفس المعنى (Compétence et Pouvoir)، فالإختصاص في المجال الإداري هو مجموع ما خولت الإدارة القيام به من الأعمال، أما السلطة فتعني مباشرة الإختصاصات وبالتالي فهي ترجمه للإختصاص، وترتيبا على ما سبق كان من الأفضل إستعمال لفظ سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية، إلا أن الفقه الفرنسي درج على إستعمال الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية، أما الفقه الألماني فقد إستعمل الإصطلاحين واللفظ الأصح، سلطة مقيدة وسلطة تقديرية[1].

[1] Lino Diqual , La compétence liée , P.U.F. , Paris , 1964 , P 10.

الفرع الأول: معنى سلطة التقدير و الإختصاص المقيد للإدارة

السلطة سواء تقديرية أو مقيدة ليست إلا وسيلة لتحقيق حكم القانون ووضعه موضع التنفيذ على أكمل وجه و من المتعين و اللازم قبل التعرض للتعريف بالسلطة التقديرية أن نوضح ونعرف بالسلطة المقيدة.

أولا: تعريف السلطة المقيدة للإدارة

إن تطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة يعني أن إختصاصها الوارد في هذه القواعد هو إختصاص مقيد أو محدد[1]، أي عندما يحتم القانون على الإدارة أن تتصرف على نحو معين، ووفقا لسلوك محدد وبشروط تفرضها القاعدة القانونية لمباشرة العمل، وهذا يعني أن القانون هو الذي يضع القيد على سلطة الإدارة، وإذا ما خالفت ذلك يعتبر تصرفها معيبا قابلا للإلغاء[2].

وهذا ما أدى لقول البعض أن تقييد الإدارة و سلطتها، يجعل من الإدارة مجرد آلة لا روح فيها، و يقتل فيها روح الإبداع و الإبتكار وكبث نشاطها وتصرفاتها.

كذلك عرفها **الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب** بأن "حالة السلطة المقيدة أو الإختصاص المقيد يتحقق في تلك الفروض التي تكون فيها القواعد القانونية قد حددت بطريقة مسبقة، أي تصرف ومسلك معين بالذات يجب على الإدارة أن تسلكه إذا ما تحققت شروط معينة أو ظروف حددها النص"[3]، و هذا ما أكده **الأستاذ الدكتور عمار بوضياف** في تعريف السلطة المقيدة بقوله "إذا قيد القانون إرادة الإدارة وألزمها بإتخاذ القرار بتوافر ظروف وإجتماع عناصر ووقائع معينة كنا أمام إرادة مقيدة"[4].

ومن الأمثلة الفقهية على السلطة المقيدة كحالة حصول الفرد على ترخيص لقيادة السيارة و رخصة بناء لتشيد بناية، إذ يتعين على الإدارة أن تمنح الترخيص بموجب الشروط التي يطلبها القانون، دون أن يكون للإدارة حق مناقشتها أو رفضها.

ومن أمثلة الإختصاص المقيد في الجزائر، قرارات منح تراخيص البناء، وقرار الإعتماد بالنسبة للجمعيات السياسية، والتصريح بتأسيس الجمعيات المدنية.

---

(1) سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 15.
(2) إعاد على حمود القيسي ، القضاء الإداري ، دار وائل للنشر ، عمان ، 1999 ، ص 49.
(3) محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 196.
(4) عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية (الإيطار النظري للمنازعات الإدارية) ، القسم الأول ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2013 ، ص 43.

وعليه يجب وجوبا مطلقا على الإدارة عند توافر شروط محددة ومعينة مسبقا، إصدار قرارات محددة ومعينة دون أن تكون لها السلطة في التقدير أو الإمتناع عن إتخاذ هذه القرارات، فالإختصاص المقيد مرتبط بمبدأ المشروعية وهو يشكل تطبيقا دقيقا له، ذلك أن الإدارة تتخد قرارتها بمقتضى القانون المطبق الذي ينص في آن واحد على المحتوى و الضرورة.

ثانيا: مدلول السلطة التقديرية للإدارة

تعد السلطة التقديرية من أدق موضوعات القانون الإداري وأكثرها تعقيدا وصعوبة في التحكم والفهم والتطبيق، وأحد الموضوعات المميزة التي تدور حولها معظم دراسات هذا القانون و إشكاليته المختلفة مند نشأة القانون الإداري وبالتالي القضاء الإداري، وقد عبر **الأستاذ فالين** عن ذلك بقوله "لو شأنا تعريف القانون الإداري في بضع كلمات، لقلنا بعد إستبعاد الدراسة الوصفية للهيئات الإدارية، بأنه القانون الذي يعنى بدراسة السلطة التقديرية للإدارة، والقيود التي ترد على ممارستها لهذه السلطة"(1).

وقبل التطرق إلى تعريف السلطة التقديرية في الفقه القانوني و القضائي، نتعرض إلى تعريف مدلولها في الفقه الإسلامي.

عرفها **الدكتور مصطفى كمال وصفي** بقوله "حيز يتركه النص - الدليل الشرعي – للملاءمة بين تطبيق النص أو الدليل و بين الواقع"(2)، وعرفها **الدكتور الدريني** بقوله "تلك التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها و رعاية الصالح العام، وبالجملة من كل يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى من روح الشريعة، ومقاصدها العامة، ولم يرد بشأنها أحكام تفصيلية" (3).

وعلى إثر التعريفين السابقين إنتهى **الدكتور نذير محمد عبد الوهاب** إلى تعريفها في بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب بقوله "أنها حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي بحكمه متروك لصاحب الشأن مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام على مقتضى روح الشريعة ومقاصدها"(4).

أما تعريفات السلطة التقديرية في الفقه والقانوني والقضائي فقد تعددت واختلفت، فمن المعلوم أن هذا النوع من السلطة يظهر في الحالات التي يترك فيها المشرع للإدارة قدرا ولو

(1) Waline (M) , Etendue et limites du contrôle du juge administrative sur les actes de l'administration , .E.D.L.E. ,1956 , P 25.

(2) مصطفى كمال وصفي ، مصنفة النظم الإسلامية ، معهد الدراسات الإسلامية ، الطبعة 1 ، ص 250.

(3) الدريني فتحي ، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ، مطابع جامعة دمشق ، الطبعة 1 ، ص 105.

(4) نذير محمد أوهاب ، السلطة التقديرية : مفهومها و تأصيلها (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الإداري) ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب ، المجلد 13 ، العدد 25 ، ص 9.

ضئيلا من حرية التصرف في أثناء ممارستها لصلاحياتها المقررة والمخولة لها قانونا، و ذلك النقيض من السلطة المقيدة، حيث عرفها **الأستاذ الطماوي** بقوله "هي نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، ولاختيار وقت تدخلها، ولتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة"[(1)].

ويري **الفقيه و العميد بونار (Bonnard)** بأنه "تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الإختصاصات، بصدد علاقتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل، وكيفية و فحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذا في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"[(2)]، ولقد ذهب ووصف **الفقيه الكبير موريس هوريو** هذا النوع من السلطة مند عام **1903** بقوله بأن السلطة التقديرية "سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية"[(3)].

أما من خلال التعريف الذي صاغه **الفقيه ميشو (J.Michand)** "توجد السلطة التقديرية في كل حالة تتمتع فيها الإدارة العمة بحرية التصرف، دون أن تكون هناك قاعدة قانونية تلزمها مقدما بالتصرف على نحو معين"[(4)].

وقد أشار **الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب** إلى معنى السلطة التقديرية بقوله "تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الحالات التي يترك فيها القانون الإدارة حرة في تقدير الظروف الواقعية فيكون لها الحق أن تتدخل أو لا تتدخل بناءا على تلك الظروف، كما يكون لها إذا رأت بأن تتدخل أن تختار بحرية القرار الذي تراه متلائما مع هذه الظروف"[(5)].

أما **الأستاذ عمر محمد الشوبكي** فقال أن "سلطة الإدارة التقديرية ليست خروجا على مبدأ المشروعية وإنما إلتزام بهذا المبدأ - أي خاضعة للقانون -، غير أنه إلتزام يتصف بالمرونة طبقا لإحتياجات العمل ومتطلبات وظروف الحال، وذلك كله في حدود القواعد القانونية العامة التي تسمح بهذه المرونة"[(6)]، كما يري **الأستاذ محي الدين القيسي** أن أنه يقصد بالسلطة التقديرية أو الإستنسابية على حد تعبيره "أن الإدارة تجاه وقائع معينة تكون حرة في إتخاذ قرارها أو الإمتناع عن إتخاذه، أو في إختيار القرار الذي تراه مناسبا، فيكون للإدارة حق تقدير الوقائع وإتخاذ قرارتها إستنادا لهذا التقدير"[(7)].

[(1)] سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة (دراسة مقارنة) ، مطبعة عين الشمس ، الطبعة 3 ، 1978 ، ص 45.

[(2)] مصلح الصرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية ، المجلد 25 ، العدد 01 ، 2009 ، ص 166

Voir aussi: Bonnard (F) , Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour exce's de pouvoir , R.D.P. , 1923 , P 363.

[(3)] مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 166.

أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 22.

[(4)] مصلح الصرايرة ، المرجع نفسه ، ص 166.

[(5)] محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 193.

[(6)] عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2007 ، ص 69.

[(7)] محي الدين القيسي ، مبادئ القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 158.

وعرفها **الدكتور سامي جمال الدين** بأنها تعني "تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس إختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير إتخاذ التصرف أو الإمتناع عن إتخاذه، أو إتخاذه على نحو معين، أو إختيار الوقت التي تراه مناسبا للتصرف، أو السبب الملائم لإتخاذه، أو في تحديد محله"[1].

أما في يخص تعريف الفقه والقضاء الجزائري كان موازيا وفي سياق التعريفات السابقة، فقد عرفها **البروفيسور عمار بوضياف** بأنها " حين يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف و تكييف الوقائع المعروضة أمامها و لا يلزمها بإصدار قرار محدد، بمضمون معين خلال مدة معينة، فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية"[2]، كما عرفتها **الأستاذة فريذة أبركان** رئيسة مجلس الدولة سابقا بأنها "أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الإتجاه، أو ذلك بدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخد في ضوئها قرارها"[3].

من التعريفات السابقة نخلص إلى أن السلطة التقديرية للإدارة تعني أن القواعد القانونية بإختلافها، قد وفرت وأجازت للإدارة قسطا من حرية التصرف أثناء وخلال ممارستها لنشاطها، وتقدير ما تراه مناسبا من إجراءات حيال ما تواجهه من ظروف وصعوبات وقائع الحياة الإدارية، وعليه هناك علاقة وثيقة تربط بين مدى تمتع الإدارة بهذه السلطة وبين نطاق مبدأ المشروعية، وحدود رقابة القضاء على أعمال الإدارة.

لدى يمكن القول أن معظم التعريفات المختلفة للفقه الإداري للسلطة التقديرية تدور حول هذه العلاقة، وهذا للأن الإقرار للإدارة بهذه السلطة في ممارسة بعض أوجه نشاطها الإداري، لا يعني إطلاق العنان و اليد لتفعل ما تشاء دون ظابط أو قيد، وإلا لكنا أمام سلطة تحكمية أو إستبدادية وهذه السلطة لا وجود لها في دولة القانون موطن مبدأ المشروعية، ولا يمكن الاعتراف بها لأي جهة، حتى للمشرع نفسه.

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 25.
(2) عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 41.
(3) فريذة أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 01 ، 2002 ، ص 37.

الفرع الثاني: تطور سلطة التقدير و التقييد

كما أشرنا في الفرع السابق لمعنى و مدلول كلا من سلطة التقدير و الإختصاص المقيد للإدارة في الفقه الإسلامي أي الجانب الشرعي، بالتالي سنتعرض إلى نشأة السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي.

إن أصل أساس التشريع الإسلامي إلهي، مصدره كتاب **الله** و سنة نبيه (صلى الله عليه و سلم)، إذ لم ينتقل **الرسول محمد** علية السلام إلى ربه حتى كان التشريع الإسلامي تام الأصول الكلية، و القواعد العامة، مصداقا لقوله تعالى "اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام دينا"[(1)]، وعليه فبعد الفتوح إمتداد الإسلام شرقا و غربا، و إتساع دولته، عرضت على الصحابة قضايا و نوازل في كل شأن من شؤون الحياة، تحتاج تشريعا يعطي الحل الملائم لها، لأن المأثور من تشريعات الرسول (صلى الله عليه و سلم)، أحكامه و أقضيته أصبح غير واف بتغطية هذه الحوادث الطارئة والمعاملات التي تزداد وتتجدد في كل يوم[(2)]، وهذا ما يشبه في فقه القانون الإداري التغير والتطور المستمر والسريع لظروف و واقع العمل والنشاط الإداري.

وعليه أدت الضرورة و طبيعة الحالة، من أن كان التشريع من خصوصيات كتاب الله و سنة نبيه (صلى الله عليه و سلم)، ظهرت السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي من خلال "التعزيز و الإجتهاد" على وجه الخصوص ليغطيا ما لم يرد به نص تشريعي.

التعزيز هو "عقوبة شرعية غير مقدرة لجرائم غير محددة، تختلف بإختلاف الجريمة و ملابستها و المجرم و حالته" و قد فوض الشارع الحكيم ولي الأمر في تقديريها و تحديدها[(3)]، أي الحاكم أو القاضي المسلم، وهذا ما يشبه السلطة التقديرية للقاضي في العصر الحديث.

أما **الإجتهاد** فقد عرفه **الأستاذ جمال الدين عبد الرحيم** في كتابه نهاية السول في شرح منهاج الوصول عل أنه "إستفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية" [(4)]، أي وضع الأحكام الشرعية للوقائع التي تحدث مما ليس في الكتاب و السنة ، و السلطة التقديرية بمناسبة الإجتهاد هي الأقرب إلى فكرة السلطة التقديرية للإدارة في العصر الحديث.

أما فيما يخص تطور نظرية السلطة التقديرية للإدارة في الفقه القانوني فقد تأكدت و وضعت معالمها في القضاء الإداري الفرنسي في بداية القرن العشرين، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال سردنا للنظرة والنبذة التاريخية لها أو على حد تعبير البعض "السبق التاريخي" لظهورها و تطورها.

---

(1) سورة المائدة ، الآية (3).

(2) نذير محمد أوهاب ، المرجع السابق ، ص 11.

(3) المرجع نفسه ، ص 27.

(4) المرجع نفسه ، ص 29.

على حد قول **الأستاذ عبد الحكم فوٴذة** "تكون السلطة تحكمية **- Arbitraire -** إذا كان لصاحب الإختصاص أن يتخذ ما يشاء من القرارات، دون مراعاة للقوانين أو اللوائح، أو المصلحة العامة"[1]، غير أن هذا النوع من السلطة ولت أيامه وأنتهى عهدها بزوال الحكومات الإستبدادية والدكتاتورية، وبظهور الديمقراطية ودولة القانون وبالتالي مبدأ المشروعية.

وهذا ما نادى و أتى به رجال الثورة الفرنسية القانون فوق كل شيء ولكنهم لم يهتموا بإيجاد آلية لحماية سيادة القانون[2]، ومن هنا قيدت سلطة الإدارة، و ظهرت عبارة وفكرة السلطة المقيدة، التي ولد مفهومها بولادة الثورة الفرنسية، فقد كان كتاب الثورة الفرنسية يردون تحقيق سيادة القانون - La règne de lois - عن طريق نظام الفصل بين السلطات، وهم في ذلك لم يهمهم قيام سلطات متساوية قدر عنايتهم بإخضاع كل السلطات للسلطة التشريعية إستنادا إلى فكرة الإدارة العامة للأمة[3]، وهذا ما أكده **الفقيه لينو ديكال (Lino Diqual)** بقوله "فالإدارة و القاصي لايملكون أية إرادة، بل طاعة القانون الذي يقول كل شيء"[4] - "L'administration et le juge il ont plus aucune volonté, ils doivent obéir à la lois et la loi dit tout"-

وما نخلص إليه في هذه الفترة الثورية الأولى السلطتين التنفيذية و القضائية تابعين للسلطة التشريعية، فكل من الإدارة والقاضي يمارس إختصاصا مقيدا، أي ان التشريع - الجمعية الوطنية أنداك - لم تترك لهم حرية التقدير، فالإدارة بالأخص مسؤولة أمامها وعلى ذلك فإختصاص الإدارة والقضاء كان من قبيل الإختصاص المقيد. "فالإدارة في ظل الثورة الفرنسية الأولى خاضعة كليا للقانون"[5]، وبالتالي يمكن القول أن ظهور نظرية السلطة التقديرية للإدارة هو وليد و نتاج تدرج التقييد.

غير بما أنه لم تكن هناك حاجة إلى قضاء إداري لأن المشرع كان يتولى الأمر بنفسه و كأنه قاضي المشروعية في القرارات الإدارية فهو الذي يأمر الإدارة وهو الذي يتحقق من تنفيذ الإدارة لأوامره و لما يضعه من قوانين[6].

كما سن كذلك قانون **14 أكتوبر 1790** (الخاص بالتنظيم القضائي الجديد)، والذي يمنع القضاء من التعرض، أو التصدي لأعمال الإدارة[7]، وبالتالي أدى الفصل بين الهيئات الإدارية عن السلطة القضائية، بتشكل حصانة للإدارة من الناحية العملية، مكنتها من إمتلاك سلطات تقديرية واسعة وبالتالي ظهور "نظام الإدارة القاضية"، أولى المراحل التي ميزها الفقه من

(1) عبد الحكم فوده ، الخصومة الإدارية ، بدون دار و سنة للنشر ، ص 49.
(2) حاحة عبد العالي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع القانون العام- ، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية ، جامعة محمد خيضر ببسكرة ، 2005 ، ص 10.
(3) محمد مصطفى حسين ، السلطة التقديرية للإدارة في القرارات الإدارية ، مطبعة عاطف ، 1974 ، ص 51 – 52.
(4) Lino Diqual , op. cit. , P 4.
(5) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص 3.
(6) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 52.
(7) حاحة عبد العالي ، المرجع نفسه ، ص 10.

أصل ثلاثة مراحل مرت بها السلطة التقديرية للإدارة، حتى وصلت إلى صورتها الراهنة و **هي:**

أولا: مرحلة قرارات الإدارة البحتة - La Pure administration -

كانت سلطة الإدارة خلالها غاية في الإتساع، حيث لم تكن قرارتها خاضعة للرقابة القضائية، إلا إذا انتهكت حقوق شخصية، أو مكتسبة لأصحاب الشأن - المساس بفكرة الحقوق الشخصية - وما عليهم إلا أن يلجؤا إلى الجهات الإدارية المختصة. إذ كانت هذه الرقابة تمارس عن طريق توجيه الظلمات والطعون الإدارية إلى نفس الموظف الذي أجرى التصرف أو أصدر القرار، أو إلى رئيسه الأعلى فهذا هو نظام الإدارة القاضية(1)، وبالرغم من بروز فكرة الحق الشخصي والحق المكتسب كسبب يحمل الطعن على القرار، ومع ذلك بقيت دائرة محجوزة في حالة عدم وجود حق شخصي مضار، إذ لم تختفي الإدارة البحتة إلا عند بسط القضاء رقابة موضوعية، وانتقل من مرحلة الحقوق الشخصية إلى المصلحة البسيطة تمهيدا لقضاء المشروعية، وكان قضاء تجاوز السلطة **- Le Contentieux de l'excès de pouvoir -** ، قد ولد نتيجة تمكين القاضي الإداري من بسط رقابته على قرارات الإدارة البحتة (2)، وهذا بالطبع بعد السنة الثامنة من حكم **نابلين بونا بارت** حيث أنشأ مجلس الدولة الفرنسي.

ثانيا: مرحلة القرارات التقديرية

وفيها بدأ التقدير الإداري بالتقلص تدريجيا، فهذه القرارات لا تقبل الطعن إلا لعيب عدم الإختصاص وعيب الشكل، أما بقية العيوب الأخرى من أوجه الإلغاء التي إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي لم تكن تقبل إلا بالنسبة لغير القرارات التقديرية وكان يشترط لقبولها توافر حق شخصي لصاحب الطلب، لا مجرد المصلحة الشخصية.

وقد إنتهى **الفقيه دي كال** إلى تعريف القرار التقديري بأنه القرار الذي يتخذ بواسطة سلطة مختصة وفي الشكل المقرر بالقوانين و اللوائح، في صدد ممارسة تقدير حر سواء فيما يختص بالسبب أو المحل أو الغاية، فهو لا يختلف إذا عن أعمال الحكومة (السيادية)، إلا فيما يتعلق بتسليط الرقابة على الشكل و الإختصاص(3)، و تبع ذلك في **24 ماي 1872** صدور قانون ينص في مادته التاسعة بحق القضاء في رقابة الشكل والإختصاص.

(1) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة عليها ، دكتوراه مقدمة في كلية القانون عين الشمس ، القاهرة ، 1971 ، ص 5.

(2) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 54.

3 المرجع نفسه ، ص 55.

وجديرا بالذكر أنه في هذه المرحلة فيما يتعلق بعيب الإنحراف كان مختلطا بعيب عدم الإختصاص وعلى أنه صورة من صور عدم الإختصاص تتضمن تجاوزا في التفويض الممنوح لرجل الإدارة[1]

ثالثا: مرحلة السلطة التقديرية

أو مرحلة إساءة إستعمال السلطة كما يسميها البعض، فمع ظهور عيب الإنحراف كنوع من عدم الإختصاص، وارتبط في نفس الوقت بشرط الحق الشخصي، بعدها قام الإنحراف كعيب مستقل عن عدم الإختصاص، وكان إشارة إلى إختفاء القرار التقديري والتحول إلى العناصر التقديرية، وأستقر الأمر بقيام عيب مخالفة القانون[2]، وبالتالي لم تعد توجد قرارات تقديرية ، إنما توجد فقط سلطة تقديرية للإدارة تتمثل أساسا في تقدير ملاءمة الإجراء الإداري الصادر منها[3]، وهكذا بسط القضاء الإداري رقابته على المشروعية الداخلية للقرارات من غاية و هدف القرار من خلال عيب الإنحراف، وإساءة إستعمال السلطة والسبب والمحل من خلال مخالفة القانون، ودون اشتراط مساس لحق مكتسب مضار، بعد أن كان يقتصر في مراقبته على المشروعية الخارجية من شكل وإختصاص فقط، و في الأخير وضحت معالم السلطة التقديرية للإدارة في صورتها الحالية.

الفرع الثالث: التمييز بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة

في حقيقة الأمر، ليس ثمة سلطة مقيدة بصورة كاملة ولا ثمة سلطة تقديرية بصرة كاملة، و لا ينبغي أبدا أن نستنتج من خلال ما سبق وعلى إثر ما تضمنته بعض التعريفات السابقة من أن السلطة التقديرية عكس السلطة المقيدة، لأن التطبيق الواقعي لهاتين الفكرتين، لا يدل على وجود تناقض بينهما.

حيث يري **الدكتور سعد جورج** بأنه "حتى عندما تكون الإدارة وضع صلاحية مقيدة فهي تستفيد دوما من قسط من السلطة الإستنسابية*، فالإدارة ملزمة بإتخاذ تدابير وفقا للقانون و لكنها تستفيد دوما من هامش من الحرية، أقله في ما يخص خيار الزمن"[4]، فمثلا للإدارة أن تتأخر عدة أيام لتسليم رخصة البناء أو السياقة أو الصيد ...إلخ، كما يرى بأنه ليس ثمة سلطة إستنسابية كاملة، **فالعميد فوديل** يفسر الأمر بصورة مبسطة وواضحة، ففكرة السلطة

---

(1) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 30.
(2) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 56 – 57.
(3) المرجع نفسه ، ص 57.
* السلطة التقديرية يطلق عليها تسمية **السلطة الإستنسابية** في لبنان.
(4) سعد جورج ، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011 ، ص 182.

الإستنسابية الفالتة من أي رقابة لشرعيتها قد هجرت الإجتهاد منذ زمن فحتى في إيطار السلطة الإستنسابية **ثلاثة نقاط** تقيد دوما عمل الإدارة وهي[1]**:**

- لا يمكن مخالفة ما تلخصه القوانين والأنظمة لناحية صلاحية الجهاز الإداري الذي يتخذ القرار المعين.
- يجب أن تكون الأسباب القانونية والفعلية التي تستند إليها الإدارة في إتخاذ القرار صحيحة ماديا و قانونيا.
- وأخيرا ينبغي أن تكون المصلحة العامة دوما الهدف النهائي لعمل الإدارة.

فالمثال الذي يمكن أن يدرج هنا إذا ما خالفت اللجنة المختصة بتنظيم الإمتحانات ما تضمنه المنهاج ، وطرحت أسئلة خارج البرنامج، كنتيجة يبطل القرار المتعلق بالإمتحانات.

وهذا ما أكده **الدكتور سامي جمال الدين** بقوله **"**لا يمكن تصنيف القرارات الإدارية إلى قرارات مقيدة أخرى تقديرية، بحيث تكون جميع عناصر القرار إما مقيدة أو تقديرية، إذ أنه كما توجد القرارات المقيدة بالكامل والقرارات التقديرية بالكامل، توجد طائفة ثالثة من القرارات لعلها الأهم على الإطلاق و أكثر شيوعا، هي تلك القرارات التى تكون تقديرية في جانب منها و مقيدة في جانبها الأخر**"**[2]**.**

إذا فالإختلاف بينهما إختلاف نسبي وفي الدرجة، أي في مدى خضوع الإدارة للقانون وما يخوله ويتركه المشرع من قدر وكم في درجة الحرية، و ليس إختلافا في الجوهر والطبيعة. فكلا السلطتين يتعلقان بإختصاص السلطة الإدارية، ومدى الحرية والملاءمة التى يعطيها المشرع للإدارة في مباشرة تلك الإختصاصات، فمرة تضيق حرية الإدارة في مباشرة بعض إختصاصاتها القانونية إلى حد بعيد، فنكون أمام إختصاص مقيد، وفي حالات أخرى تتسع دائرة حرية التصرف في المدى والدرجة في مباشرة بعض الإختصاصات الأخرى، فنكون أمام السلطة التقديرية[3]**.**

غير أنه لمعرفة وتبيان ماهية كل سلطة على حدى من خلال أوجه الإشتراك وأوجه الإختلاف بينهما، فلبد من اللجوء لعقد مقارنة مختصرة في نقاط منفصلة وهذا للتمكن من حصر أوجه الموازنة وجوانب التمييز الدقيقة بينهما، وهي**:**

1- السلطة المقيدة هي تلك السلطة التي يستطيع المشرع أن يحدد للإدارة شروطا لممارسة الإختصاص، فتكون ملزمة بالتدخل في حالة توافرها، أما السلطة التقديرية فهي التى يترك

---

(1) المرجع السابق ، ص 182 – 183.

(2) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 27.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 198.

فيها المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير، سوءا بالنسبة لإتخاذ الإجراء أو عدم إتخاذه، بالنسبة لأسباب إتخاذه، و كذلك في إختيار الوقت المناسب للإتخاذه[1].

2- هذان النوعان من السلطة لازمان لحسن سير الإدارة، فكلاهما يتعايشان معا في دولة القانون، و بالتالي يجسدان معا مبدأ المشروعية.

فلكل منهما مزاياه، فإذا كانت السلطة المقيدة يتجسد فيها أكبر ضمان لحرية الأفراد و حمايتهم من تعسف الإدارة وعنتها، فإنه من ناحية أخرى يصعب على المشرع في أي دولة تقييد الإدارة بشكل تام و مطلق، وهذا لوجود حالات يصعب عليه صياغة أسباب التدخل بشكل واضح ومنضبط فلكل حالة خصوصيتها الذاتية تجعلها مختلفة عن حالة مماثلة، لهذا تعد الإدارة الوحيدة المؤهلة للتصدي لتلك الحالات ومعالجتها بمرونة وفعالية وفي أي وقت وفقا لسلطتها التقديرية[2].

3- فيما يتعلق بسحب وإلغاء القرارات الإدارية، فإنه يجوز للإدارة سحب وإلغاء القرارات المعيبة الغير مشروعة، علما أن الإلغاء يجوز أن يتحقق إما بسبب أن القرار الإداري مخالف للقانون، أو لأنه قرار غير ملائم ومناسب دون أن يخالف القانون وبأثر فوري، أما السحب فلا يقع إلا على القرارات الإدارية المخالفة للقانون وبأثر رجعي وكأنه لم يكن، على الإدارة أن تمارس هذا الحق خلال الفترة المحددة والمعلومة - الآجال القانونية - وإلا صار قرار سليما بالرغم من أنه في الأصل قرار غير مشروع، وهذا لدواعي الإستقرار.

و عليه فيما يتعلق في هذا المقام ما أقره القضاء الفرنسي والمصري، على السماح للإدارة بسحب القرارات الغير مشروعة والمعيبة التي تصدر عن سلطة مقيدة دون تقييد المدة، وعلى إستقرار القرارات المعيبة التي تصدر عن سلطة تقديرية وذلك إذا أنقضت المدة المحددة للسحب[3].

4- فيما يتعلق بمدى كل من السلطة التقديرية والإختصاص المقيد فإن السلطة التقديرية هي **الأصل** - القاعدة – في مزاولة الإدارة لنشاطها، والإختصاص المقيد هو **الإستثناء**[4].

فنخلص من هذا الأصل والإستثناء الوارد عليه أنه لا يمكن تقييد حرية تقدير الإدارة، إلا إذا نص القانون على ذلك وبنص صريح، وعلى الرغم من أن الإدارة قد تبدو أثناء ممارستها لنشاطها أنها تمارس إختصاص مقيد فإنها مع ذلك تتمتع بقدر ضئيل من السلطة التقديرية.

---

(1) حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للإدارة و رقابة القضاء عليها ، أكادمية نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2003 ، ص 102.

(2) علي عبد الفتاح محمد ، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية و دعوى الإلغاء) - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 97.

(3) حمد عمر حمد ، المرجع نفسه ، ص 160.

(4) المرجع نفسه ، ص 105.

ونزيد من حيث المدى، فقد ذهب الفقهاء في أول الأمر، إلى أن إختصاص الإدارة يكون مقيدا إذا نص القانون على الأسباب التي تمارس على أساسها إختصاصا بشأن قرار معين، و تكون سلطتها تقديرية إذا لم ينص القانون على تلك الأسباب، غير أن القضاء يمكن بسط رقابته على القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية مخولة قانونا للإدارة، ومن ثم نجد أن هناك معيارين لتقرير الحالات التي يكون فيها إختصاص الإدارة مقيدا وهما[1]:

أ- الحالة التي ينص فيها القانون نفسه على القيد "الإختصاص المقيد عن طريق المشرع".

ب- الحالة التي يضفي فيها القضاء قيودا على الإدارة، وغالبا تكون متعلقة بالإجراءات الإدارية المقيدة للحريات العامة "الإختصاص المقيد عن طريق القضاء".

وما يفهم من هذا أنه من دون وجود إحدى المعيارين فللإدارة السلطة التقديرية في إصدار قراراتها.

5- يرتبط الإختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية وتجسيدا لدولة القانون، ولذلك تخضع في ممارستها للإختصاص المقيد للرقابة القضائية، أما السلطة التقديرية فإنها ترتبط بفكرة الملاءمة ، أي حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وفي هذه الحالة كقاعدة عامة و كأصل لا تخضع للرقابة القضائية، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية و ليس قاضي ملاءمة، و تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وإلا كان سلطة رئاسية على جهة الإدارة وحل محلها في مباشرة أعمالها.

6- القرار الإداري الصادر عن السلطة التقديرية يمكن أن يعتبر مصدرا للحق، وعلى العكس من ذلك نجد أنه في حالة السلطة المقيدة فإن القرار الإداري لا يعتبر مصدرا للحق، لأن رجل الإدارة هنا قام بتطبيق القانون آليا وفي حدود إختصاصه المقيد، ومنه فالأثر الذي ترتب عن قراره يعتبر ناشئا عن القانون مباشرة، وليس عن القرار ذاته، بعكس القرار الصادر عن ممارسة سلطة تقديرية والذي يفصل بين القانون و الأثر[2].

7- كما أن الفارق بين السلطتين هو أن المشرع إستطاع في الإختصاص المقيد تحديد الوقائع والحالات التي يتحقق فيها للقرار غرضه الموضوعي، ولذلك قيد الإدارة بمراعاتها، وألزمها بإتخاذ القرار عند توافرها، أما في السلطة التقديرية فقد عجز المشرع عن تحديدها فسكت عنها، وبذلك أحل الإدارة محله في تقدير الوقائع و الحالات، بشرط أن يتحقق الغرض الموضوعي للقرار، أي على طريقة و معايير المشرع في تحديدها[3].

---

(1) حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 106.
(2) المرجع نفسه ، ص 108.
(3) المرجع نفسه ، ص 108.

المطلب الثاني: التميز بين السلطة التقديرية والأفكار المشابهة

لإمكانية التميز بين النظريات والأفكار المشابهة للسلطة التقديرية للإدارة، ينبغي علينا أولا البحث في مفهومها والمقصود بها، ثم تحديد أوجه الشبه ومن ثم أوجه الإختلاف.

الفرع الأول: السلطة التقديرية و أعمال السيادة

أعمال السيادة* أو **أعمال الحكومة** هي طائفة من القرارات الإدارية ومن أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها فلا تكون محلا للإلغاء أو تعويض أو فحص مشروعية، سواءا في الظروف العادية أو الاستثنائية - الغير عادية -، و بالتالي فهذه الطائفة تمثل إستثناءا حقيقيا على مبدأ المشروعية[1]، وعلى حد قول **الطماوي** "تمثل أعمال السيادة نقطة سوداء في جبين المشروعية، ولهذا هناك رغبة شبه إجماعية بين الفقهاء بزوالها من عالم القانون"[2].

ويعود أصل نشأة نظرية أعمال السيادة إلى ظروف تاريخية بمجلس الدولة الفرنسي، إذ كان في مرحلة القضاء المقيد يجتنب ويتفادى الإصطدام بالسلطة التنفيذية، وذلك عن طريق إبعاد بعض أعمالها عن مجال رقابته كلية، من أجل تثبيت أقدامه، خاصة بعد أن عادت الملكية من فرنسا عام **1814** [3].

ومناط هذه النظرية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي وتابعه في ذلك مجلس الدولة المصري، هو التفرقة في داخل أعمال السلطة التنفيذية بين ما يصدر عنها بصفتها سلطة "حكم" أو كهيئة سياسية، وبين ما يصدر عنها بصفتها سلطة "إدارة" كهيئة إدارية[4]، ومنه فالأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية كسلطة حكم وكهيئة سياسية هي وحدها التي تعتبر و تدرج ضمن قائمة أعمال السيادة، فتخرج عن نطاق رقابة القضاء.

وقد حاول الفقه رد أحكام القضاء في هذا المجال إلى أصول يمكن على مقتضاها التفرقة بين ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر كذلك، وأيضا من أجل حصر قائمة الأعمال التي توصف بأنها تصدر بمناسبة ممارسة الوظيفة الحكومية، لا الوظيفة الإدارية وقد مرت بالمراحل التالية:

---

* يطلق على هذه الأعمال في فرنسا "أعمال الحكومة" - Actes de Gouvernement - و في إنجليترا "أعمال الدولة " - Acts of State -.

(1) عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 87 – 88.
أنظر أيضا: - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 52.

(2) سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة 3 ، 1966 ، ص 127.

(3) محمود الجبوري ، القضاء الإداري - دراسة مقارنة - ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1998 ، ص 47.
أنظر أيضا: - عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 52.

(4) محمد فؤاد عبد الباسط ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 59.

1- معيار الباحث السياسي: إعتنق "مجلس الدولة الفرنسي" في البداية معيار ونظرية الباعث السياسي، ويعد حكم مجلس الدولة في **قضية "La Flitte"** الصادر في **01 - ماي - 1822** حجر الأساس في إعتماد هذا المعيار، وبمقتضاه يعد العمل من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه سياسيا، أما اذا لم يكن الباعث سياسيا فانه يعد من الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء[1].

2- معيار طبيعة العمل أو موضوعه - المعيار الموضوعي -: ونظرا لأن معيار الباعث السياسي مراده إلى ما تقوله الحكومة، فقد تحول عنه المجلس إلى معيار طبيعة العمل ذاته. فما صدر عن السلطة التنفيذية بصفتها سلطة حكم أي متعلقا بالأعمال التي تضمن تنفيذ أحكام الدستور، تنظيم عمل السلطات العامة، المحافظة على الأمن داخليا وخارجيا، أو علاقة الدول بالدول الأخرى، صنف هذا العمل سياديا، أما ما صدر عنها بصفتها سلطة إدارة، أي ما يكون متعلقا بالتطبيق اليومي للقوانين، وتنظيم علاقة الأفراد بالإدارة العامة، فيعتبر ويصنف من الأعمال الإدارية الخاضعة لرقابة القضاء[2]، علما أن هذا التحول بدأ من جانب مجلس الدولة الفرنسي على إثر حكمه الصادر بتاريخ **19 – فبراير - 1870** في قضية **الأمير نابليون** وأبدته محكمة التنازع في حكمها الصادر في عام **1880** في قضية **مارتيني**.

3- معيار القائمة القضائية: إتجاه العيوب التي شابت معيار الباعث السياسي، ونظرا لعم كفاية معيار طبيعة العمل، أضطر أصحاب فكرة التفرقة بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية إلى تكملتها بالإستناد إلى قائمة أحكام القضاء[3]، وأول من نادى بهذه الفكرة **العميد هوريو** الذي ذهب إلى أن "العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء الإداري وعلى رأسه محكمة التنازع هذه الصفة"[4]، و أهم ما تحتويه هذه القائمة على سبيل المثال**:**

أ- الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

ب- الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية.

ج- بعض إجراءات الأمن الداخلي.

د- بعض الأعمال الحربية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى نظرية أعمال السيادة وتحديدها في القانون، كما جاءت به بعض الدول مثل مصر إذ نص عليها المشرع صراحة في **المادة 11** من قانون "مجلس الدولة المصري"، وإنما عمد إلى تحديد مجال القانون الإداري في **المادة**

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 330.

(2) محمود الجبوري ، المرجع السابق ، ص 48 – 49.

أنظر أيضا: - محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص64.

(3) عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 91.

أنظر أيضا: - مسعود شيهوب ، قيود مبدأ المشروعية في الظروف العادية أو حدود خضوع الإدارة للرقابة القضائية ، حوليات وحدة البحث / إفريقيا و العالم العربي - جامعة منتوري بشير قسنطينة - ، 1997 ، ص 23 – 24.

(4) سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه ، ص 332.

600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية* التي تنص على أن المحاكم الإدارية جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وهذا يعني أن المشرع إعتمد المعيار العضوي في المنازعات الإدارية، ولقد حدد القانون إختصاص المحاكم الإدارية في **المادة 801** من نفس القانون، وفي نفس السياق حددت **المادة 901** و ما بعدها إختصاصات مجلس الدولة.

ومنه نستخلص أن جميع القرارات الصادرة عن الإدارة تخضع في تقدير مشروعيتها للقضاء الإداري سواء كانت محاكم إدارية بالنسبة للقرارات الصادرة عن الولاة والبلديات و المصالح التابعة لهما، أو مجلس الدولة بالنسبة للقرارات الصادرة عن السلطات المركزية، و هذا تنفيذا لما كرسه الدستور في **المادة 143*** **"**ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية**"**، وتبقى الأعمال الموصوفة بالسيادية أو السياسية غير واردة في أي قانون، ويعود للقضاء وحده في تقرير ما إذا كان القرار سياديا أم لا[(1)].

فقد سنحت الفرصة فيما سبق للقضاء ليقول كلمته في مدلول نظرية أعمال السيادة في مجالات تطبيقها، وهكذا فإن المحكمة العليا في قرارها بتاريخ **20 – جانفي – 1968**، أشارت إلى أن نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الإستثنائية - سنتطرق إليها لحقا - هما من إنشاء الإجتهاد القضائي، وعرفتهما عن طريق تحديد مجالات كل منهما بقولها **"**إن الأولى تمت صياغتها بصدد أعمال الحكومة في علاقتها مع البرلمان ومع الخارج**"**[(2)]، وبالرجوع إلى قرارات قضائية أخرى صادرة نجد أن القاضي الجزائري أخذ صراحة بمعيار الباعث السياسي. ففي القضية التي جرت وقائعها في **16** - ديسمبر - **1965**، بين **والي الجزائر العاصمة و الشركة الجزائرية للطباعة المختلفة**، حيث أثار الوالي فكرة أعمال السيادة لتبرير قراره المتخذ صد الشركة، إلا أن القاضي إعتبر أن معيار الباعث السياسي هو الذي يحدد أعمال السيادة، كذلك أخذ القاضي الجزائري بهذا المعيار في مناسبة أخرى، ففي **قضية (ي.ب) ضد وزير المالية** التي فصل فيها **سنة 1984**، إعتبر أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة **500 د.ج** من التداول، وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص و التبديل، يعدان قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال السيادة مما يستحيل مباشرة الرقابة القضائية عليهما مدة تطبيقهما[(3)].

ومن خلال ما يبق ذكره حول نظرية أعمال السيادة، نخلص أن نظرية السلطة التقديرية تتشابه مع نظرية أعمال السيادة في كون الأعمال أي القرارات الإدارية الصادرة بمقتضي

---

* الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 2006/07/15 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21.
* الدستور الجزائري لسنة 1996 .
(1) المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية ، أعمال السيادة بين الإطلاق و التحديد ، ورقة عمل للمؤتمر أعدها السيد: مسعودي حسين - رئيس غرفة بمجلس الدولة الجزائري - ، أبو ظبي ، 11 و 12 - سبتمبر - 2012 ، ص 14 – 15.
(2) مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 21.
أنظر أيضا: - نقاش حمزة ، الظروف الإستثنائية و الرقابة القضائية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام - فرع الإدارة العامة و إقليمية القانون - ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري بشير بقسنطينة ، 2010 – 1011 ، ص 25.
(3) نقاش حمزة ، المرجع نفسه ، ص 26.

النظريتين تصدر عن نفس السلطة، ألا وهي السلطة التنفيذية، وأن كل نظرية منهما تعد نظرية قضائية النشأة على إثر تطور مجلس الدولة الفرنسي.

كما يتضح أيضا أن أعمال السيادة تفترق و تختلف عن السلطة التقديرية من ناحيتين أساسيتين:

1- عندما تصدر السلطة التنفيذية قرارا إداريا على أساس أنه من أعمال السيادة تكون متحررة كلية من الإلتزام بقواعد ومبدأ المشروعية، وعندئذ تهضم كل ضمانة للحقوق والحريات الفردية، في حين تخول السلطة التقديرية للإدارة قدرا من التصرف في حدود القواعد العادية لمبدأ المشروعية، فتتكامل مع المبدأ و تحقق أهدافه[1].

2- ومن ناحية فرض الرقابة، فإن القاضي إذا تبث له أن الذي أمامه عمل سيادي، فليس له إلا أن يحكم بعدم الإختصاص، أيا كانت طلبات المدعى، فلا يستطيع أن يتعرض للموضوع أبدا، أما الرقابة القضائية عل حدود السلطة التقديرية، فهي رقابة داخلية يتعمق بها القاضي إلى موضوع القرار حيث يبحث سببه ومحله والغاية منه[2].

الفرع الثاني: السلطة التقديرية و نظرية الظروف الإستثنائية

أولا: مفهوم و مصدر نشأة النظرية

نظرية الظروف الإستثنائية **-Théorie des circonstances exceptionnelles-** هي نظرية قضائية خلقها وأرسى مبادئها مجلس الدولة الفرنسي خلال الحب العالمية الأولى **سنة 1914**، بحيث أن الظروف الجديدة هددت كيان الدولة الفرنسية كله، وهذا ما أدى بالإدارة إلى الخروج عن الحدود التي رسمتها النصوص القانونية القائمة في ظل مبدأ المشروعية. ومعناها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن إعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، وذلك عندما يكون القيام بهذه الإجراءات ضروري لحماية النظام العام أو إستمرار سير المرفق العمومي، وهكذا فإنه في ظل الظروف الإستثنائية تستبدل المشروعية العادية بمشروعية إستثنائية[3].

ففي بادئي نشأتها أطلق البعض على هذه النظرية إسم "**نظرية سلطات الحرب**" **- La Théorie des pouvoirs de guerre -**، بداعي تعلق الأحكام الأولى بمقتضيات ظروف الحرب وأثارها وتوسيع سلطات الإدارة في تلك الظروف[4]، وخوفا من قيام الإدارة بإستعمال

---

(1) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 86.
(2) سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص 92.
أنظر أيضا: - محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 86.
(3) محي الدين القيسي ، المرجع السابق ، ص 184 – 185.
أنظر أيضا: - محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 48 – 49.
(4) أحمد سليم سعيفان ، الحريات العامة و حقوق الإنسان- دراسة تحليلية و فلسفية و سياسية وقانونية ومقارنة - ، منشورات الحلبي =

السلطات الإستثنائية تعسفا من خلال إدعائها بوجود ظروف إستثنائية، والعودة إلى نظام الدولة البوليسية، عمد مجلس الدولة الفرنسي إلى بناء نظرية كاملة وتوسيع مبدأ المشروعية في الظروف الإستثنائية، بحيث يخلع صفة الشرعية على أعمال كان يجب أن تعتبر مخالفة للقانون لو أنها تمت في الظروف العادية[1]، وهذا من خلال وضع قواعد قانونية، سواء دستورية أو تشريعية وأحيانا تنظيمية، وتعرف بضوابط أو شروط قيام وتطبيق نظرية الظروف الإستثنائية، وهذا ما كرسه **الدستور الجزائري لسنة 1996** في **مواده من 91..إلى غاية 96.**

فالظروف الإستثنائية تفرض إتخاذ إجراءات غير عادية بغرض تحقيق المقاصد العامة المتمثلة في حماية النظام العام و تأمين سير المرافق العامة، ولهذا إعترفت الدساتير لرؤساء الدول بإتخاذ إجراءات لمواجهة هذه الظروف ومن بينها دستور الجزائر الذي يخول لرئيس الجمهورية سلطات إستثنائية تتسع بقدر إتساع الظرف الغير العادي في المواد السالفة الذكر، و هذا لتحقيق مقاصد نظرية الظروف الإستثنائية[2]، وعليه فقد إتفق الفقهاء وحدد الشراح شروط قيام الظرف الإستثنائي، وضوابط لتطبيق نظرية الظروف الإستثنائية على النحو التالي:

1- قيام الظرف الإستثنائي: ويعني ضرورة وجود خطر جسيم يهدد النظام العام وسير الحياة العامة، يتطلب تدخل الإدارة للقيام بواجبها الأصيل في حفظ النظام العام وضمان سير المرافق العامة[3]، وبقيام الظرف الإستثنائي يمكن تبرير الإجراءات الإستثنائية التي تسمح بمخالفة قواعد مبدأ المشروعية، إذ أن الظرف يجب أن يكون حقيقة إستثنائية، ويتحقق القضاء من وجوده تحت طائلة إبطالها و إلغائها. إذا فالقاعدة هنا "**الضروريات تبيح المحضورات**" والتي تعتبر من صورها قيام حالات الظروف الإستثنائية، إلا أن هذه الأخيرة التي تخول الإدارة إختصاصات واسعة لم تكن مألوفة في الظروف العادية، فإن الإدارة هنا لا تفلت على كل حال من كل رقابة قضائية[4].

= الحقوقية ، بيروت ، ص 390.
أنظر أيضا: - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 87.

(1) مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص 390.

(2) عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 40.
لتفصيل أكثر بخصوص السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية **أنظر:** - مسعود شيهوب ، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الإستثنائية ، حوليات وحدة البحث / إفريقيا و العالم العربي - جامعة منتوري بشير بقسنطينة - ، 1998 ، ص 36 و ما بعدها.
أنظر أيضا: - عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، جسور للنشر ، الجزائر ، 2007 ، ص 198 و ما بعدها

(3) عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني ، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة و الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 259.

(4) محمد نصر الدين مصباح القاضي ، أصول القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص 83.

2- إستحالة مواجهة الظرف الإستثنائي بالطرق القانونية العادية: أي أن الإدارة تعجز بوسائلها العادية عن مواجهة هذه الظروف الشاذة طبقا لقواعد الشرعية العادية، بحيث تضطر إضطرارا إلى اللجوء إلى الوسائل الإستثنائية(1).

3- أن يكون الهدف من الإجراء الإستثنائي هو تحقيق المصلحة العامة: و يعني حماية الأمن و السلامة العامة، وحماية النظام العام و المحافظة على دوام سير المرافق العامة، وهو ما يمثل المبرر أو المصلحة الجدية والمحققة التي تدفع الإدارة للتدخل ومواجهة هذا الظرف الشاذ والخطير(2)، كما أنه يجب أن تراعي الإدارة **الملاءمة و التناسب** في مدى التصرف ما بين الظرف الإستثنائي والإجراء التي إتخذته لمواجهته، فيجب على الإدارة أن تختار من الوسائل أقلها ضررا بالأفراد، ولأنها تمس الحقوق والحريات الأساسية.

وتجدر الإشارة* إلى **"نظرية الضرورة" - Théorie de l'état de nécessité** - وهي نظرية إعتمدتها الدساتير الألمانية، وهي بمثابة نظرية الظروف الإستثنائية في فرنسا ومفادها أن الدولة أوجدت القانون لتحقيق مصالحها فلا تخضع له إذا كان تحقيق هذه المصالح يتنافى مع أحكامه(3)، كذلك نظرية **"العجلة القصوى" - Théorie de l'état d'urgence** - وهي شبيهة بنظريتي الضرورة والظروف الإستثنائية، إلا أنها أوسع في مداها ونطاقها لأن المهم في حالة العجلة ليس ضرورة التصرف وإنما ضرورة التصرف السريع(4).

ثانيا: أوجه الإختلاف بين السلطة التقديرية و الظروف الإستثنائية

و عليه يتضح مما سبق، أن نظرية الظروف الإستثنائية تأثر وتغير من نوع الإختصاص التي تتمتع به الإدارة من مقيد إلى تقديري أو العكس من تقديري إلى مقيد. فالظروف

---

(1) محي الدين القيسي ، المرجع السابق ، ص 189.
أنظر أيضا: - نقاش حمزة ، المذكرة السابقة ، ص 17.
- نواف كنعان ، القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 298.

(2) مصلح ممدوح الصرايرة ، القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2012 ، ص 313.
أنظر أيضا: - عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني ، المرجع السابق ، ص 260.

(3) **لتفصيل أكثر أنظر:** - محي الدين القيسي ، المرجع نفسه، ص 179.

(4) **لتفصيل أكثر أنظر:** - محي الدين القيسي ، المرجع نفسه ، ص 194.

* يوسع أغلب المشرعين سلطات الإدارة في الظروف الإستثنائية بأحد **الأسلوبين: - "الأسلوب الأنجليزي"** و الذي يستند إلى مواجهة كل حالة على حدة بقانون خاص يصدره البرلمان بناء على طلب الحكومة بتوسيع سلطتها بالقدر الذي يمكنها منه التصدي لهذا الخطر أو الظرف الغير عادي لذا يسمى "قانون الظروف" أو "قانون الطوارئ" "Emergency Act" أو "قانون الدفاع" "THE Deface of the Realm Act" ، حيث يتولى فيه البرلمان فحص كل حالة و يفوض الحكومة بإتخاذ التدابير الإستثنائية اللازمة لمواجهتها بموجب القانون الذي يصدر لهذه الغاية. أو **- "الأسلوب الفرنسي"** و الذي يستند في مواجهة الأزمات و حالات الضرورة إلى وضع قانون خاص يعد مسبقا وقبل حدوث هذه الظروف، يبين السلطات الإستثنائية التي تختص بها الإدارة عند قيام أو وقوع هذه الأخطار و تطبيقها فورا، من دون الرجوع للبرلمان أو السلطة التشريعية لإستصدار تشريع جديد بذلك. **أنظر في ذلك:** - سلام عبد الحميد محمد زنكة ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الإداري ، كلية القانون و السياسة ، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك ، 2008 ص 48 – 49.

الإستثنائية إما تعيد إلى الإدارة سلطتها التقديرية في عدم إتخاذ إجراء تلتزم به في الظروف العادية، و إما أن تؤدي إلى تغيير السلطة التقديرية للإدارة إلى إختصاص مقيد[1].

النظريتين يتشابهان ويتطابقان في أن كل منهما يتضمن توسيعا لدائرة الإختصاصات الممنوحة للإدارة، كما أنه يزيدان من مدى حرية تصرف الإدارة في مواجهة الظروف المحيطة بها، مع بقاء الإدارة في كلتا الحالتين خاضعة لرقابة القضاء الإداري إلغاءا و تعويضا، وهدفها الوحيد تحقيق المصلحة العامة، مع الإشارة إلى أن كلا النظريتين ذو أصل قضائي. ومع ذلك فإن هناك إختلافات وفروق هامة بين النظريتين تتمثل فيما يلي:

1- الإدارة في حالة الظروف الإستثنائية لها أن تخرج عن القواعد القانونية العادية، فتستبدل المشروعية العادية بمشروعية إستثنائية، أما في حالة السلطة التقديرية فإن الإدارة تبقى تتصرف في حدود المشروعية العادية وتمارس حرية التصرف في نطاق تلك المشروعية، و نفهم من هذا أن الإختصاصات الممنوحة للإدارة بمقتضى نظرية الظروف الإستثنائية تعد أوسع مدى من الإختصاصات التى تتمتع بها الإدارة بناءا على نظرية السلطة التقديرية.

2- الإختصاصات الممنوحة للإدارة في ظل الظروف الإستثنائية تكون مؤقتة، مرهونة ببقاء و إستمرار الظرف الإستثنائي، أما الإختصاصات الممنوحة للإدارة في ظل نظرية السلطة التقديرية فتكون دائمة، لا تتوقف على فترة زمنية محددة و معينة وغير مرتبطة بظروف خاصة.

3- يسمح القضاء للإدارة بمخالفة القواعد القانونية العادية في ظل الظروف الإستثنائية إذا توافرت شروط وضوابط قيام الحالة أو الظرف الإستثنائي، واستحال مواجهته بواسطة القوانين العادية، أما السلطة التقديرية التي تمارسها الإدارة فإن القضاء لا يشترط تلك الشروط و الضوابط لأن الإدارة تكون حرة في تقدير ملاءمة تصرفاتها و ممارسة إختصاصاتها.

الفرع الثالث: السلطة التقديرية و عمل المشرع و عمل القاضي

والتمييز بين السلطة التقديرية الإدارة و عمل المشرع وعمل القاضي يعني أن نتعرض إلى المقارنة بين سلطات الإدارة التقديرية وعمل كل من السلطات الأخرى، وهذا على إثر **"فكرة حرية التصرف"**، إذ أن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية وبقسط من الحرية في التصرف ليس حكرا و حصرا لها فقط، فجميع السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقا وتساعا بحسب الأحوال والظروف، غير أن الحرية التي تتمتع بها السلطات العامة للدولة، من سلطة تأسيسية، وسلطة تشريعية، وسلطة قضائية تختلف عن الحرية التي تتمتع بها الإدارة لممارسة سلطتها التقديرية، وذلك على النحو التالي:

[1] Lino. Diqual , op. cit. , P 593.

أولا: حرية الإدارة و حرية السلطة التأسيسية -Constituant-

حرية السلطة التأسيسية لا تعرف الحدود وهي سلطة مطلقة لا تخضع لأي رقابة أيا كان نوعها ولا تقبل أي شكل من التقييد[1] ، فحرية السلطة التأسيسية هي أوسع و أبعد مدى من تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة، والتي تكون محصورة في حدود مرسومة مسبقا، رسمتها القاعدة القانونية، كما أنها تخضع لرقابة القضاء، غير أن النظم القانونية الحديثة حدت و ضيقت من هذه الحرية المطلقة، فهناك قيود تصدر من طبيعة المدنية والحضارة والحفاظ على الإنسان، وهناك مبادئ أساسية تعتنقها بعض الشعوب حماية لقوميتها أو نظمها الإجتماعية و قد توجد نصوص ملزمة وتعلو في مرتبتها على عمل السلطات التأسيسية[2].

ثانيا: حرية الإدارة و حرية السلطة التشريعية

السلطة التشريعية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تختص بالتشريع أصلا و مهمتها في هذا الصدد حرة والقيد لا يرد إلا بصفة إستثنائية وفي حدود فضفاضة، وتنعدم هذه القيود كلية في حالة الدساتير المرنة، فالسلطة التشريعية تمارس إختصاصاتها بحرية واسعة ولكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية، ومع ذلك فإن حرية المشرع تبدو شبه مطلقة و تختلف إختلافا جذريا عن السلطة التقديرية للإدارة، إذ أن الأصل حرية السلطة التشريعية و الإستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، ومن ثم فإن حرية الجهة التشريعية تكون أبعد من أن تقاس على حرية جهة الإدارة[3]، **وعليه:**

- فمجال حرية التصرف بالنسبة للإدارة بمناسبة ممارستها للسلطة التقديرية محدود بالوقوف عند إرادة المشرع نفسه، فهذا الأخير يضع القانون وما على الإدارة إلا أن تخدم وتطبق القانون، يعني بما فيها خضوعها لقواعد الشكل والإختصاص التى حددها.

- كما أن غاية وأهداف حرية الإدارة محددة و محدودة باستمرار تكريسا للصالح العام، عكس حرية السلطة التشريعية تستهدف الغاية التي تراها محققة لمقاصد النظام، وهي أصلا تمثل النظام القائم، و من ناحية أخرى فحرية الإدارة تقبل رقابة القضاء الإداري عليها لما بينهما من صلات تجعل القضاء الإداري غير غريب عن الإدارة، وملما بمقتضيات سير المرافق العامة، فإن ذلك لا يمكن تحقيقه في العلاقة بين السلطة التشريعية والقضاء الإداري إذ أنها لا تقبل الرقابة القضائية إلا إذا تركت تلك المهمة لهيئة سياسية أو مؤسسة يشكلها الدستور نفسه أو **كالمجلس الدستوري**[4].

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، - دراسة مقارنة - ، مطبعة جامعة عين الشمس ، الطبعة 6 ، القاهرة ، 1991 ، ص 35.
(2) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 94.
(3) حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 149.
أنظر أيضا: - محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 95 – 96.
(4) حمد عمر حمد ، المرجع نفسه ، ص 149 – 150.

ثالثا: حرية الإدارة و حرية السلطة القضائية

إن عمل الإدارة والقاضي واحد، فكل من الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية هو تنفيذ القانون، وهذا خاصة إذا كانت الإدارة تباشر إختصاصات مقيدة.

غير أن أعمال القضاء ليست ذات طبيعة واحدة، فبعضها له طبيعة قضائية بحتة، وتلك هي الأعمال الأساسية والأصلية وتصدر في صورة أحكام، وفضلا عن هذه الأعمال، فإن هناك أعمالا يمارسها القضاة ولا تدخل في وظيفتهم الأساسية وهي الأعمال الولائية، وتصدر في صورة أوامر على عرائض[1]، فالسلطة التقديرية للقاضي المدني والقاضي الجنائي أثناء ممارسة الإختصاص الأصيل ذو الطبيعة القضائية البحتة، تكون ضمن إطار القاعدة القانونية و لا تتعداها، ويكون نشاط القاضي الذهني منصبا على الواقع وعلى القانون من حيث فهم تقدير كل منهما و لا يقتصر على أي منهما وحده، كما أنها تمارس عن طريق ضوابط محددة مسبقا[2].

وعليه يبدو من الوهلة الأولى أن الإختلاف بين حرية الإدارة وحرية القاضي غير جلي وغير ظاهر، إلا أن التعمق في النظر يؤدي إلى إيجاد الفروق.

- فالقاضي أثناء ممارسة سلطته التقديرية فهو لا يعبر عن إرادته وإنما يعبر عن إرادة المشرع، وإذا إختار تفسيرا لنص غامض أو حلا من عدة حلول كثيرة فمعناه أن هذا الحل هو الحل الوحيد المشروع، على عكس من ذلك فإن رجل الإدارة أثناء ممارسته للسلطة التقديرية إنما يعبر عن إرادته الخاصة، وإذا اختار حلا معينا لا يعني أن باقي الحلول غير مشروعة، و لهذا كانت النتيجة أن القاضي يحوز حجية الشيء المقضي فيه[3].

- كما أن السلطة التقديرية للقاضي لا تسمح "**بفروض التحكم**" المسموح به في نطاق الإدارة العامة بل تمارس عن طريق ضوابط محددة مسبقا وعلى مفترضات القاعدة القانونية فقط، بمعنى أنه لا يقوم بدور المشرع[4].

أما فيما يتعلق بالوظيفة الولائية للقاضي فإنها قد تخوله ممارسة سلطات تقديرية، بالمعنى و الأوضاع التي تحكم السلطة التقديرية للإدارة.

---

(1) ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري ، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، دراسات علوم الشريعة و القانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 35 ، العدد 2 ، 2008 ، ص 479. **أنظر أيضا:** التحياوي محمود السيد عمر ، نطاق سلطة القاضي وفقا لقانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 10 – 11.

(2) ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري ، المرجع نفسه ، ص 480.

(3) حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 150.

أنظر أيضا: - محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 97.

(4) ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري ، المرجع نفسه ، ص 480.

وفي الأخير نشير على أنه توجد "**نظرية**" من أصل أربع نظريات وضعها الفقه للتمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي ألا وهي "**نظرية السلطة التقديرية**"، إذا إعتبر أصحابها أن القرار الإداري يصدر فقط بناءا على سلطة تقديرية بعكس الحكم القضائي الذي يصدر فقط بناءا على سلطة مقيدة، غير أنها فشلت و انتقدت لسببين:
الأول أن الإدارة تكون سلطتها مقيدة أحيانا، و**الثاني** تمتع القاضي فيما يصدره من أحكام بسلطة تقديرية كالتي تتمتع بها الإدارة[1].

المطلب الثالث: أساس و مبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة

على الرغم من أن السلطة التقديرية للإدارة هي حقيقة واقعة في فقه القانون الإداري، و ضرورة لا غنى عنها لممارسة الإدارة مجالات نشاطها المختلفة، بإعتبارها ظاهرة تلازم جوانب النشاط الإداري، أيا كان مدى هذه السلطة من حيث الإتساع أو الضيق، فإن الفقه قد حاول إيجاد أساس قانوني لهذه السلطة ، وتقديم المبررات لقيامها.

وعليه فالإعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية يستلزم تحديد أساس قيام هذه السلطة، و من ثم نطرح مبررات الأخذ بهذه الفكرة، إذ لا تكفي المبررات وحدها لتبرير وجود هذه السلطة دون أن توفر لها الأساس والتأصيل اللازمين لقيامها.

ولتفادي الخلط بين الأساس والمبررات وكذلك المجال نعرج إلى ما قاله **الفقيه دي كال "**إن الخلط كان يقع أيضا بين الأساس و المجال، و الواقع أنه يتعين الإشارة إلى أن "مبررات" السلطة التقديرية هي إجابة السؤال: **لماذا وجدت؟** أما "الأساس": **فكيف وجدت؟** و عن "المعيار": **فكيف توجد؟** و عن "المجال": **أين توجد السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري؟"**[2].

الفرع الأول: أساس السلطة التقديرية للإدارة

المقصود بالبحث في أساس* السلطة التقديرية للإدارة: هو معرفة أصل قيامها وبالتالي الإجابة عن التساؤل الآتي: كيف وجدت السلطة التقديرية، في دولة القانون الذي كان من المفترض أن تكون جميع هيئاتها خاضعة للقانون ومبدأ المشروعية.

---

[1] **لتفصيل أكثر أنظر:** - محمد وليد العبادي ، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة ، الوراق للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 49 و ما بعدها.

[2] Lino Diqual , op. cit. , P 191.

* هنا ظهر الخلط بين الأساس و المعيار، أي بين كيف وجدت و كيف توجد ، و هذا ما سوف نرى له أثر في النظريات التي سوف نتطرق لها لتأصيل أساس السلطة التقديرية للإدارة.

قد إنقسمت إتجاهات الفقه إلى قسمين أو نوعين من النظريات لتحديد أساس هذه السلطة، أحدها يصدر أساسا عن علاقة القانون بالسلطة التنفيذية وهذا ما يمكن تسميته "**بالنظرية السلبية**"، والأخر يتابع وجود السلطة التقديرية الذاتي والمستقل عن القانون، وهذا ما يمكن تسميته "**بالنظرية الإيجابية**".

الفقرة الأولى: النظرية السلبية

النظرية السلبية هي في جملتها تعني بحث المجال الذي تتركه القيود والقواعد القانونية لحرية الإدارة[1]، كما أنها مستمدة من "فكرة تدرج القواعد القانونية" التي عاصرتها وورثتها "نظرية الحق الشخصي"، وأخيرا فكرة التحديد من جانب القانون[2].

أولا: فكرة تدرج القواعد القانونية

تعود هذه الفكرة إلى أنصار" المدرسة المعيارية (القاعدية) " بزعامة **الفقيه النمساوي كلسن-Kalsen-** ومفادها أن القواعد القانونية تتدرج في قوتها ومرتبتها من الأعلى إلى الأدنى، وتحكم الأعلى منها **-Supérieur-** القاعدة الأدنى **-Inférieur-**، وبالتالي فإن كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تعتبر تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة من ناحية، ومنشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة من ناحية أخرى، علما أن القاعدة الأعلى متسمة "بالعمومية و التجريد"، و تتطلب نوعا من التحديد والتخصيص من جانب الإدارة، وعليه عندما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية، فإن إختصاصه يكون مقيدا إذا وقف بقراره عند التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية، أما إذا أضاف في قراره بعض العناصر الغير موجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها إختصاصه، فهنا يكون قد مارس سلطة تقديرية، وهو ما يمكن إعتباره بمثابة "التخصيص" لعمومية القاعدة القانونية[3]، ومن أهم ما يأخذ على هذه النظرية[4]**:**

- أنها تضيق من مدى السلطة التقديرية للإدارة حيث تجعلها تدور في إيطار محدد هو تخصيص القاعدة القانونية الأعلى أو إضافة عناصر جديدة لها.

---

(1) نذير محمد أوهاب ، المرجع السابق ، ص 32.
(2) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 64.
(3) رمضان محمد بطيخ ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 46.
أنظر أيضا: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 184.
- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 36.
- محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 65.
(4) محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 65.
أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 37.
- رمضان محمد بطيخ ، المرجع نفسه ، ص 47.

- كما أن طبيعة السلطة التقديرية تختلف تماما عن طبيعة القاعدة القانونية، والقضاء وحده المسلم له بإمكانية تقييد وتخصيص القاعدة القانونية أو تفسيرها.

وعليه لا تكفي هذه الفكرة كأساس قانوني للسلطة التقديرية للإدارة وإنما تخدم بالدرجة الأولى تبرير قيامها لا أساسها.

ثانيا: نظرية الحقوق الشخصية

تعرض لهذه النظرية **بارتلمي** -**Barthelemy**- وتقوم هذه النظرية على الربط بين الحقوق الشخصية والإختصاص المقيد، ولمفهوم المخالفة فإن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق الشخصية، وأساس ذلك أن هذه الحقوق تتميز بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها و هي الدعوى القضائية[1]، أما في حالة الإختصاص التقديري لا يستطيع الأفراد المطالبة بشيء أو رفع دعوى، لإنتفاء الرابطة القانونية بين الإدارة وبينهم لعدم وجود حق شخصي مضار.

حيث يبدأ الحق الفردي تقف السلطة التقديرية للإدارة وعلى العكس عندما لا يحوز الشخص إلا مصلحة بسيطة، فالإدارة تحوز سلطة تقديرية[2] ولا يفتقد وجود مثل هذه الحالة في القانون العام الحديث، فالنص على عمل تنفيذي بواسطة القانون يهدف دائما لمصلحة معينة تجد باستمرار الشخص الذي يدافع عنها وبالتالي يختفي الإختصاص التقديري، ومن أهم ما يأخذ على هذه النظرية[3]:

- أن الإختصاص المقيد يكون مع قيام المصلحة دون الحق، وهذا ما يفسر قبول الطعن بتجاوز السلطة، إكتفاء بقيام المصلحة.

- للإدارة الحق في وضع القيود المختلفة في مواجهة الحقوق الشخصية مثل بناء أصحاب العقارات في أملاكهم لا يكون إلا بترخيص.

و هذا ما يجعلها غير صالحة لإتخاذها أساسا للسلطة التقديرية، فهي تعني بالدرجة الأولى مجال السلطة التقديرية للإدارة لا أساسها، إذ تحدد الحق الشخص بربطه مع الإختصاص الإداري، فالإختصاص يكون مقيدا بحسب هذه النظرية عند تواجد الحق الشخصي.

ثالثا: مذهب التحديد القانوني

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 37.

(2) Lino . Diqual , op. cit. , P 191.

(3) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 191 – 192.
أنظر أيضا: - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، الطبعة 2 ، القاهرة ، 1957 ، ص 37.
- رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 49.
- سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 37 – 38.

لجأ هذا المذهب إلى تأسيس السلطة التقديرية للإدارة عن طريق علاقتها بالقواعد القانونية، بحيث تعرض إلى هذه الفكرة **الفقيه موريس هوريو -Maurice Hauriou-** عند نقده **"لفكرة التدرج"** - نظرية تدرج القواعد القانونية- عند **ألسن،** حيث قرر أن السلطة التقديرية ليست إلا أحد مظاهر العلاقة بين القواعد القانونية والأشخاص القانونية، فالأشخاص القانونية تخضع للقواعد القانونية كحدود خارجية تقيد من حرية واستقلال الشخص القانوني، وعليه فالحرية التي يفتقدها نتيجة خضوعه للقاعدة القانونية سرعان ما يستعيدها بإختفاء القاعدة القانونية و القيود معها[1]، و من أهم ما يأخذ - ينقد- هذا المذهب[2]**:**

- أنها تخلط بين التاريخ والموضوع، فبحث أساس السلطة التقديرية سابق لبحث القاعدة القانونية وعلاقتها بالتقدير.

- القواعد والأشخاص القانونية لا تنال من الوضع الواقعي الذي يكون فيه رجل التنفيذ، ولا من حرية تقديره لبعض النواحي المادية.

كما أنها مثل سابقتها من النظريات تقتصر على تحديد مجال أو معيار السلطة التقديرية، لا على بيان أساسها**.**

ومن خلال ما سبق عرضه في هذا الإتجاه - **النظرية السلبية** - نفهم أنه قد حاول الشراح و الفقهاء أن يجعلوا من أساس السلطة التقديرية هو الإختصاص الغير مقيد في القاعدة القانونية أي في النصوص القانونية**.**

الفقرة الثانية: النظرية الإيجابية

النظرية الإيجابية أساسا تقوم على فكرة تسمى **"بفكرة المشروع"** وتعتمد هذه الفكرة تشبيها مستعارا من القانون الخاص، إذ تقوم بتشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، ويعتبر النشاط الإداري نوع من المشروعات التي تشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة والفردية، وإذ يتمتع الأفراد عند إدارتهم لمشروعاتهم وأوجه نشاطهم بقدر كبير من حرية التقدير، فإن للإدارة كذلك أن تتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية عندما تتولى إدارة وتسيير مشروعاتها أو بالأحرى نشاطها الإداري[3]، وما يفهم هنا أنه يجب أن تتمتع الإدارة بسلطة التقدير الحر تماما كما يتمتع رئيس المشروع الفردي من حرية التصرف والتقدير في تسيير وإدارة شؤون مشروعه.

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 67. **نقلا عن: -** Maurice . Hauriou , Précis de droit administratif , 1933 , P 123.

[2] المرجع نفسه ، ص 68

أنظر أيضا: - نذير محمد أوهاب ، المرجع السابق ، ص 35 – 36.

[3] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 38.

وهكذا تتبلور الإجابة على التساؤل عن سبب تخلي القواعد القانونية عن التقييد عند تحديد النشاط الإداري أحيانا، وبمعنى آخر سبب تمتع الإدارة بالإستقلال وحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري.

ففي صفة المشروع التي تسقط على النشاط الإداري، ومن ثم سلطات الإدارة بوصفها المدير المسؤول أو الرئيس لهذا المشروع، و عليه فالسلطة التقديرية هي أمر يرتبط بطبيعة المشروع، إذ أن الإدارة تقوم بتسيير مشروع كبير يهدف إلى تحقيق الصالح العام وتوفير المنفعة العامة أو بالأحرى المرافق العامة، وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد نشاطها ذاتيا كما تملك كذلك تقدير ملاءمة نشاطها وأعمالها، ومن ثم تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساسها[1].

و نشير بإيجاز إلى هذه الفكرة عند كل من هوريو و فينزيا:

1- فالمشرع عند**"موريس هوريو"** لجأ إلى عرض شرح هذه الفكرة من خلال أوجه الشبه و الخلاف بين النشاط الفردي والنشاط الإداري[2].

2- أما **"فينزيا"** فذهب إلى أن صفة المشروع للنشاط الإداري هي المصدر للسلطة التقديرية، و هي الأخيرة ليست سوى مظهر لصفة المشروع في النشاط الإداري[3].

و قبل التطرق إلى ما يأخذ ويفهم وينقد من هذه الفكرة كأساس للسلطة التقديرية نشير إلى رأي **الأستاذ سامي جمال الدين،** يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري بإعتبارها من قبيل المشروعات وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري وتنفيذ القوانين بإعتبارها كذلك من المشروعات التي تحقق أهداف المصلحة العامة[4]، غير أننا إذا أردنا أن نكون أكثر تحديدا ودقة في البحث عن الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة، فإننا لن نقتصر على "فكرة المشروع" بصفة عامة، وهي الفكرة التي ترادف في القانون الإداري "فكرة المرفق العام" بمعناها الواسع، وإنما نستطيع أن نلتمس هذا الأساس في بعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة وعلى الأخص

---

(1) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 50.
أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، 38 – 39.

(2) **لتفصيل أكثر أنظر:** - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 196 – 197.
- محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 69 – 70.
و كلاهما نقلا عن: - Maurice . Hauriou , Précis de droit administratif , 12^{e} éd. , 1933 , P 351.

(3) **لتفصيل أكثر أنظر:** - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع نفسه ، ص 200 – 201.
- محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 71 – 72.
و كلاهما نقلا عن: - Jean Claude . Venezia , Les pouvoirs discrétionnaire , Paris , L.G.D.J. , 1958 , P 105.

(4) سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 39.

"مبدأي دوام سير المرافق العامة بانتظام وقابلية المرفق العام للتعديل والتغيير"[1]، وهما من المبادئ القانونية العامة المقررة دون حاجة إلى نص قانون أو دستور.

و في الأخير فقد وجهت عدة ملحوظات لهذه الفكرة نجملها في الآتي:

- التشبيه الكامل بين النشاط الإداري والنشاط الخاص لا يسلم به وذلك لإختلاف الغرض المنشود، فالأول يسعى لتحقيق المصلحة العامة أما الثاني فالمصلحة الخاصة بالدرجة الأولى[2].

- إن كل ما يمكن إعتباره من نشاط الإدارة، متصف بصفة النشاط ضمن إطار المشروع، فلا يمكن إعتباره على أنه نشاط تقديري للإدارة[3].

وعلى الرغم من هذا فإن فكرة المشروع قد لاقت إستحسان غالبية الفقه الإداري، فقد صرحت بأن السلطة التقديرية أمر لا مناص منه لحسن سير الإدارة وتحقيق أهداف مشروعيتها.

وأيا كان وجه الرأي في أساس السلطة التقديرية للإدارة، فإن أحدا لا يستطيع أن ينكر أن هذه السلطة أمر واقع وضرورة حتمية تمليها طبيعة الأشياء، وباعتبار أن النشاط الإداري يستعصي بطبيعته الذاتية على أن يقيد تقييدا تاما، بشكل جامد وصارم، لا حركة ولا حياة فيه، ولذلك فإن فقه القانون العام أجمع على ضرورة الإعتراف للإدارة بقسط من السلطة التقديرية في ممارسة نشاطها بناءا على مبررات عديدة، قانونية و فنية و عملية نتطرق إليها في دراسة الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

لقد إعترف كثير من الدول للإدارة بسلطة تقديرية في أعمالها، وهذا الإعتراف لم يكن نتاج أسباب عرضية، وبالتالي سؤال يطرح نفسه، **لماذا وجدت السلطة التقديرية للإدارة ؟** و الإجابة على هذا السؤال تبرز مبررات السلطة التقديرية للإدارة.

هناك عدة مبررات مصدرها المشرع إذ تجعله يعمل على منح الإدارة بعضا من حرية التقدير، وهناك أيضا مبررات من جانب القاضي وضعت لنفس الغرض، ويمكن إضافة جانب ومصدر آخر فرضته مقتضيات العمل وضرورة الحياة الإدارية، وقد قسم الفقه هذه المبررات إلى **ثلاثة أنواع** و **هي:**

---

(1) المرجع السابق ، ص 42.

(2) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 74.

(3) Lino . Diqual , op. cit. , P 433.

أنظر أيضا: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 203.

1- المبررات العملية.

2- المبررات الفنية.

3- المبررات القانونية.

أولا: المبررات العملية

من المستحيل أن يضع المشرع كافة القواعد القانونية التي تعالج بشكل دقيق ومحدد المسائل الإدارية، إذ أنه لا يمكنه التنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، ولا يستطيع أن يحل كل المشكلات التي سوف تثور عن تطبيق القانون، الأمر الذي فرض عليه أن يترك حيزا من الحرية للإدارة تعالج فيه بمعرفتها الحالة التي تنشأ والتي لم يكن المشرع قد تنبأ بها، مع حرية تقدير ملاءمة أعمالها بالنسبة لبعض إختصاصاتها[1]، وخير **مثال** ما يمنح المشرع من سلطات معينة في مجال الضبط الإداري لتحقيق الأمن العام و السكينة العامة و الصحة العامة، فإذا قامت مظاهرة، فالإدارة وحدها التي تستطيع أن تقدر ما إذا كانت المظاهرة تشكل خطرا على الأمن العام.

كما أنه من متطلبات التنظيم الإداري السليم ومقتضيات المصلحة العامة أن تستدعي في بعض المجالات عدم تكبيل الإدارة بالقيود التي تشل حركتها وتفقدها مرونة التصرف وجعلها آلة صماء تقوم بالتنفيذ الحرفي والتلقائي لأوامر المشرع، وبمعنى آخر أنه إذا جاء المشرع أو القاضي ليحدد لها بدقة كل ما يمكن عمله بنصوص مقيدة فإن النتيجة لذلك هي قتل روح الخلق والإبتكار لدى الجهاز الإداري، وعليه ترك حرية التصرف للإدارة كان لازما و لابد منه، لمواجهة كافة الأحداث والمتغيرات وليكون بيدها حق إختيار الوسائل التي تراها ملائمة لتحقيق المصالح والأهداف العامة، مما يخول دوام سير المرافق العامة[2] وبالتالي نتفادى عيوب السلطة المقيدة.

كما أن القاضي الإداري لا يستطيع عمليا أن يراقب إستخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بطريقة كاملة، فمهما وضع أمامه من معلومات وأبحاث وتحريات حول موضوع النزاع فإنه[3] **:**

- يكون بعيدا عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة.

---

(1) علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 98.
أنظر أيضا: - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 522.
- عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 71.
- حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 131.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 32.
أنظر أيضا: - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 202.
- فادي نعيم جميل علاونة ، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2011 ، ص 57.

(3) حمد عمر حمد ، المرجع نفسه ، ص 132.

- تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة.

ثانيا: المبررات الفنية

وتعني إعتبار الكفاءة الإدارية وخبرتها العملية، ويستند هذا المبرر إلى ما تملكه الإدارة من خبرة في مجال العمل الإداري فهي أقدر من غيرها - المشرع - و - القاضي – على مواجهة وملاءمة تصرفاتها وفقا للظروف المحيطة بالواقعة، ناهيك بما لديها من خبرة فنية وإمكانيات مادية وبشرية وتجارب، ووسائلها الخاصة تستقي منها معلوماتها[1] .

نفهم من هذا أن الإدارة و لا سيما أنها تحتكم على أجهزة فنية متخصصة، تجعلها الأقدر على فهم المسائل ذات الطابع الفني، وتقدير الإجراء الذي يتلاءم ويتناغم معها.

ثالثا: المبررات القانونية

إن السلطة التقديرية ينظر إليها كضرورة لازمة لتكملة النقص والفراغ الذي يوجد في مجموع النظام القانوني[2]، ومما رأينها سابقا في المبررات العملية أنه من المستحيل على كل من المشرع والقاضي التوقع المسبق لكل الحلول ولكل أمور الحياة المتغيرة، وعلى ذلك تساعد السلطة التقديرية على تفسير القواعد القانونية وتكملتها بما تقتضيه الحياة الإدارية. فالمشرع عندما يخاطب الأفراد الخاضعين لقواعده العامة المجردة، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام الذي تكون أفعال الأفراد داخله مشروعة، لكنه يترك للأفراد حرية الإختيار داخل هذا الإطار العام[3] والإدارة تعتبر من بين الأشخاص المخاطبين والخاضعين لقواعد المشرع العامة و المجردة وبالتالي تملك حرية التصرف داخل هذا الإطار العام، وعليه إذا خرجت بسلطتها التقديرية عنه كانت أعمالها غير مشروعة.

كما أن القاضي في الأصل قاضي مشروعية لا ملاءمة وهذا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، فلو أن القاضي بحث في مدى ملاءمة التصرفات والقرارات الإدارية لنصب نفسه رئيسا إداريا على الإدارة العامة وهذا غير جائز وانتهاك واضح لمبدأ الفصل بين السلطات.

---

(1) علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 99.
أنظر أيضا: - عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 70.
(2) نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 38.
(3) حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 133.

المبحث الثاني: مجال التقدير و التقييد لعناصر القرار الإداري

لما تكون بصدد الحديث عن مجال السلطة التقديرية للإدارة، أو يمكننا القول جوانب أو مواضيع هذه السلطة، يعني أو كأنما نقول "**أين توجد السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري المعروفة**"؟.

عندما تكون الإدارة لها صلاحية الإختصاص التقديري وبالتالي حرية التصرف في مباشرة أعمالها فإننا نصادف أن تقديرها يكون في كافة أعمالها القانونية من عقود إدارية وقرارات و كذلك أعمالها المادية، غير أنه فمن خلال التعمق في تحليل أعمال الإدارة لتحديد مواطن و السلطة التقديرية فيها نخلص ونستنتج أن هذه السلطة ترتد دوما إلى القرارات الإدارية فقط[1]، فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تظهر إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود، **مثل:** قرارات إبرامها و قرارات إرساء المناقصات أو المزايدات، وقرارات الحرمان من دخولها وقرارات رفض الإلتجاء إليها أو رفض إبرام العقد، وكذلك قرارات توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة وقرارات تعديل إلتزاماته من جانب الإدارة وقرارات فسخ العقد، كما أن الأعمال المادية للإدارة تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية مما يعني بوضوح أن القرارات الإدارية هي وراء كل تصرف من تصرفات الإدارة وأعمالها وبالتالي يعد القرار الإداري "**ميكانيزم**" النشاط الإداري.

وعليه فإن البحث عن حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة بصدد القرارات الإدارية التي تتخذها، هي البحث عن تواجد السلطة التقديرية للإدارة في كافة أعمالها سواء كانت فردية أو إتفاقية - قانونية - أو مادية.

ولكن قبل التطرق إلى تفاصيل مجال السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري نطرح تساؤل حول العناصر الخمسة المذكورة سالفا، أي من هذه العناصر يعد من أركان وجود القرار الإداري، وأي منها يعد من عناصره المتصلة بشروط مشروعيته ؟

بتحليل هذه العناصر نرى أن من بين العناصر تبرز **"الإرادة"** كركن لا غنى عنه لوجود القرار الإداري وانعقاده، و يشترط فيه أن تكون الإرادة للإدارة، و أن تكون ملزمة و أن يكون القصد منها إحداث أثر قانوني معين، وهو ركن لا يختلف من قرار للآخر، أما بقية العناصر، فإنها تختلف من قرار لآخر وفقا لما قد يفرضه القانون بشأنها من شروط تعد إذا تحققت من شروط صحة أو مشروعية القرار وليست من شروط وجوده أو إنعقاده.

وعليه يمكن القول أن الركن الوحيد للقرار الإداري هو ركن الإرادة، و إن غاب هذا الركن فيه يكون منعدما كأنه لم يولد أصلا حتى و إن كانت كافة عناصره الأخرى صحيحة ومتفقة مع القانون، أما باقي العناصر الخمسة لا تتصل بإنعقاد القرار الإداري ووجوده وإنما تتعلق

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 45.

بمشروعية هذا القرار وصحته قانونا، بحيث إذا تدخل القانون وفرض بعض الشروط في عنصر أو أكثر منها أصبحت وباتت هذه الشروط من شروط مشروعية القرار الإداري التي تؤدي مخالفتها إلى بطلان القرار وقابليته للإلغاء، أما إذا لم يتدخل القانون بشأن أحد العناصر أو بعضها، فالقاعدة أنه للإدارة حرية التقدير بصدد العناصر التي تخلى القانون عن تقييدها بأي شرط أو قيد.

ومما سبق نفهم سبب أن السلطة التقديرية للإدارة إتصل مجالها وأقتصر على عناصر القرار الإداري، دون ركن الإرادة، وهذا على الرغم من الإختلاف الظاهر والجلي بين الفقهاء حول تحديد أركان القرار الإداري، إلا أن الفقه الحديث يكاد يجمع على تعريف القرار الإداري بركن الإرادة فحسب[1].

وفقا للرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين، لا يوجد قرار إداري تكون سلطة الإدارة حياله تقديرية بالكامل أو مقيدة تماما من كافة الجوانب، بمعنى العناصر والأركان، فأي قرار إداري يتضمن بالضرورة جوانب وعناصر مقيدة وأخرى تقديرية تظهر في أن واحد أو أكثر من عناصره، فالتقدير والتقييد يتدخلان معا في كل قرار إداري تقريبا، وقلنا تقريبا إذ أنه من غير المستحيل أن تكون كل عناصر القرار الإداري مقيدة، بعكس التقدير فمن المستحيل أن تكون جميع عناصر القرار الإداري تقديرية.

وعليه في هذا المبحث سنتعرض إلى مجال السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري الخمسة المعروفة، وهي الإختصاص والشكل و الإجراءات، والسبب و المحل و الغاية مع إستبعاد ركن الإرادة، وهذا من أجل الوقوف على موضع السلطة التقديرية في كل عنصر على حدى.

المطلب الأول: جوانب التقدير و التقييد في أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري

وتعني أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري الأركان الشكلية والخارجية لصحته فتشمل ركن الإختصاص في إصدار القرار الإداري، كما تشمل الشكل والإجراءات التي يجب إتباعها في إعداد القرار وإصداره كما أنها تعتبر من الشروط الشكلية للقرار الإداري، أو عناصر صحته وعليه يستوجب البحث فيها على ضوء سلطة الإدارة إتجاه كل عنصر منهما، و إستخلاص جوانب التقدير و التقييد.

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 46 و ما بعدها.
أنظر أيضا: - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 100 – 101.

الفرع الأول: جوانب التقدير و التقييد في عنصر الاختصاص -Compétence-

ركن الإختصاص في القرارات الإدارية يقصد به "الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للإختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية بإسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانونا"[1]، ويقصد به أيضا "القدرة أو الصلاحية القانونية التي تتمتع بها سلطة إدارية معينة لمباشرة عمل إداري معين، أو صدور القرار الإداري من الشخص المختص بإصداره قانونا"[2].

إذ تعتبر فكرة الاختصاص حجز الزاوية التي يقوم عليها القانون العام الحديث، حيث تباشر كل السلطات العامة في الدولة إختصاصات محددة ومعينة إذ أن توزيع الاختصاص في القانون العام على أساسين أحدهما دستوري وثانيهما تشريعي أي القوانين والنصوص التنظيمية المكملة، علما أن مرجعية تحديد الإختصاصات وتوزيعها داخل كل سلطة من السلطات العامة تقود إلى تطبيق "مبدأ الفصل بين السلطات" ، و"مبدأ التخصص الفني" وتعني تقسيم العمل داخل السلطة الواحدة و ما يعنينا هنا هو عمل الإدارة بمعنى السلطة التنفيذية[3].

وفكرة الإختصاص وقواعده في القانون العام تشبه إلى حد ما، حالة الأهلية و قواعدها في إطار القانون الخاص، فكل من رجل الإدارة غير مختص، وناقص الأهلية يعتبر غير قادر على إتيان العمل القانوني لأنه ليس مسموح له بذلك قانونا، غير أن الفارق بينهما جوهري، هو الغاية من تحديد قواعد الإختصاص هي المصلحة العامة، في حين قواعد الأهلية يراعى في تحديدها المصلحة الشخصية، كذلك فعدم الإختصاص في القرار الإداري لا يمكن تصحيحه لاحقا من الجهة المختصة، بينما يجوز أن يجري ناقص الأهلية بعض التصرفات و إن كانت ممنوعة عليه إذا ما وافق على ذلك الولي القائم على تصرفات القاصر[4].

---

(1) عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص 69.

(2) علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 101.

(3) عبد الغاني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 573.

أنظر أيضا: - محمود الجبوري ، المرجع السابق ، ص 94 – 95.

(4) محمود الجبوري ، المرجع نفسه ، ص 94.

ومن هنا يمكن تحديد **"عناصر الإختصاص"** بإعتبارها الصلاحية المسندة بموجب أحكام القانون بجهة الإدارة في إصدار القرار، وبيان شروط ممارسته و موضوعه ومدته ومكانه[1] و هي**:**

- الإختصاص الشخصي و ذلك بتحديد الأفراد الذين يجوز لهم دون غيرهم إصدار القرارات الإدارية.

- الإختصاص الموضوعي أو النوعي ويتعلق بفئات المسائل التي يجوز صدور القرارات بشأنها من قبل العضو الإداري.

- أما **الإختصاص الزمني** فيخص المدة والمدى الزمني الذي يجوز خلاله إتخاذ القرارات الإدارية.

- و أخيرا **الإختصاص المكاني** والذي يحدد الرقعة الإقليمية والدائرة المكانية التي يمكن لعضو الإدارة أن يباشر إختصاصه فيها[2]**.**

فإذا كان الإختصاص في القرارات الإدارية هو المكنة والقدرة القانونية والصفة القانونية التي منحتها القواعد والأحكام القانونية المنظمة للإختصاص في الدولة لشخص معين أو لهيئة إدارية محددة لتتصرف وتتخذ القرارات الإدارية بصورة شرعية، فإن هذه الأخيرة لا تتحمل و لا تقبل بتاتا بأن تصدر من أشخاص أو هيئات أو سلطات إدارية وغير إدارية غير مختصة قانونا من حيث العناصر الأربعة السابقة الذكر والمحددة لعناصر الإختصاص[3]، فخروج السلطة الإدارية عن هذه الحدود يؤدي حتما إلى إصابة القرار الإداري بعيب عدم الإختصاص **- L'incompétence -** و يصبح عرضة وقابلا للإبطال و الإلغاء.

و **التعريف المستقر عليه فقها لعيب عدم الإختصاص** هو **"**عدم القدرة قانونا على مباشرة عمل قانوني معين، حيث جعله المشرع من إختصاص سلطة أخرى طبقا للقواعد المنظمة للإختصاص**"**[4]**.**

و **لعيب عدم الإختصاص صورتين أو درجتين:**

---

[1] سلام عبد الحميد محمد زنكة ، المذكرة السابقة ، ص 80.
[2] ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 438.
[3] عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية) ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 4 ، الجزائر ، 2005 ، ص 501 – 503.
[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 80.

1- عدم الإختصاص البسيط

يعد عيب عدم الإختصاص بسيطا أو عاديا حينما يقع في داخل النطاق الإداري ومعناه عدم إحترام قواعد الإختصاص بين السلطات والأشخاص والأجهزة الإدارية فيما بينها وداخل النظام الإداري الواحد للدولة بأن تعتدي سلطة دنيا على سلطة عليا سلميا أو العكس أو يعتدي العاملون على إختصاص رؤسائهم، ولهذا العيب عادة **ثلاث صور تقليدية** بحسب النطاق الذي تجاوزه مصدر القرار، فقد يتعلق إما بعدم الإختصاص الموضوعي أو المكاني أو الزماني، و هو ما شكل حالة وسببا من حالات وأسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء[1].

2- عدم الإختصاص الجسيم

ويقوم عندما تعتدي سلطة عامة إدارية على إختصاصات سلطة عامة قضائية أو تشريعية أو سياسية أو العكس، كما أنه يقع عندما يتدخل فرد عادي لا صلة له بالإدارة ويمنح نفسه حق إصدار قرارات إدارية مقحما نفسه في الإختصاصات الإدارية، في حين لم يمنحه القانون هذا الحق. وهذا العيب الجسيم بهذه الصورة يشكل ما يعرف إصطلاحا بعيب "**إغتصاب السلطة و الوظائف**" **- L'usurpation de pouvoir ou des fonction -** و يؤدي إلى إنعدام القرار الإداري وتجريده من الطبيعة القانونية والطبيعة الإدارية، ويتحول إلى مجرد "**أعمال مادية**" قابل للطعن أمام جهات القضاء العادي في أي مدة زمنية[2].

علما أن المخالفة الجسيمة لركن الإختصاص تؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة و الدولة و الحكم بالتعويض في دعوى التعويض و المسؤولية الإدارية[3].

وعليه ومن خلال ما سبق من دراسة لعنصر الإختصاص، فإن السلطة التقديرية للإدارة غير متصورة فيه، لأن الجهة التي تصدر القرار إما أن تكون مختصة أو غير مختصة، و إذا صدر القرار من جهة غير مختصة فإنه يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص، ويكون معرضا للإلغاء عند الطعن فيه أمام القضاء الإداري[4]، فقواعد إختصاص السلطات الإدارية هي دائما قواعد آمرة لا تملك الإدارة إزاءها أي قدر من التقدير، ومن ثم مهما كان مدى السلطة التقديرية لجهة الإدارة، فهي لا تستطيع الإعتداء على حدود الإختصاص، فهذه السلطة من إختصاص المشرع وحده بنص القانون، كما أن عيب الإختصاص متعلق بالنظام العام، يمكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، مما يستتبع أن القاضي الإداري يبحثه من تلقاء نفسه، حتى و لو لم يتمسك به الفرد الطاعن بالإلغاء ضد القرار الإداري، وهو العيب الوحيد

---

(1) عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 504 – 505.
(2) المرجع نفسه ، ص 505.
(3) سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري (قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام) - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 140.
لتفصيل أكثر أنظر: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات و العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 191 و ما بعدها.
(4) نواف كنعان ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 40.

على ما يبدو من بين العيوب المتعلق بالنظام العام[1] والذي لا يجوز الإتفاق على مخالفته بين الجهات الإدارية والأفراد ذوي المصلحة.

غير أنه إذا طبقت قواعد الإختصاص بصرامة، فإن القرارات لا يمكن أن تتخذ أو يتأخر إتخاذها، عندما تكون السلطة الإدارية غائبة أو مشغولة بنشاطات أخرى، و لهذا ولأسباب عملية و إذا اقتضت الظروف المتغيرة أن يتولى الإختصاص أو جانب منه آخرين لتأمين حسن سير الإدارة العمومية واستمراريتها ولتحقيق أهداف الإدارة، فإن القانون يسمح ببعض الحالات تنازل عن الإختصاص، و هي حالة **"الإنابة" و "الحلول"** و حالة **"التفويض"**[2].

1- الحلول: و هي الحالة التي يوجد فيها المفوض لعون عمومي آخر الذي يكون غائبا أو حصل له مانع، بحيث نظم القانون حالة الحلول تنظيما محكما.

2- الإنابة: -L'intérim- و هي حالة مشابهة للأولى إلا أن التمييز بينهما كلاسيكي ودقيق، و يختلفان في:

- الحلول حالة نص عليها التشريع أو التنظيم أو حدد الحالات التي ينحدر فيها مباشرة إختصاص الأصيل، ومن يباشر سلطة الحلول عند الإقتضاء، وعلى خلاف ذلك لم ينص التشريع أو التنظيم على حالة الإنابة فهي تتخذ بناءا على مبادرة من السلطة العليا للتفويض المؤقت لسلطة ما، من أجل تعيين من ينوب السلطة التي حدث لها مانع[3]، فالتفويض المؤقت لرئيس الجمهورية من قبل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الدستوري يعد حلول و مصدره **المادة 80** من الدستور، أما الإنابة في حالة التفويض المؤقت لوزير آخر أو الوزير الأول من طرف وزير.

3- التفويض: -Délégation- و يمكن أن يخص **"السلطات أو الإمضاء"**، فللموظف المختص أن يباشر العمل بنفسه أو يفوض غيره في أدائه إلا أنه يفرض توافر شروط أهمها في الخصوص:

- يجب أن يكون التفويض بناءا على نص قانوني سواء تشريع أو تنظيم.
- يجب أن يكون محدد سلفا و غير محظور صراحة أو ضمنا بنص قانوني.
- يجب أن لا يكون شاملا لكل إختصاصات الموظف بل يجب أن يكون جزئيا.

---

(1) محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 204.
أنظر أيضا: - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 102.
- محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 33.
(2) ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، مخبر الدراسات ، سطيف ، الطبعة 1 ، 2006 ، ص 250.
(3) بن هني لطيفة ، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع الدولة و المؤسسات العمومية - ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2011 – 2012 ، ص 50.
لتفصيل أكثر أنظر: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 168 و ما بعدها.

- يجب أن يكون قرار التفويض منشور في الجريدة الرسمية أو وسيلة أخرى، باعتبار أن قرارات التفويض ذات طابع تنظيمي، لا تكون جارية المفعول إلى بعد نشرها[1].

ومن خلال ما أجازه القانون من تفويض الإختصاص أو حلول و إنابة في ممارسته لحسن سير العمل الإداري، قدر **الدكتور سامي جمال الدين** أن هناك جانب من حرية التقدير في عنصر الإختصاص و إن كانت بقدر ضئيل للغاية[2].

غير أن غيره يرى أن تفويض الإختصاص سلطة مقيدة تماما وليست تقديرية لأن التفويض يخضع لشروط محددة سلفا في القانون والتنظيم، كما أن حالة الحلول التي تتم لمواجهة خلو الوظيفة لغياب أو مانع فليس للموظف المختص سلطة تقديرية فيها، إذ أنه متى توافرت شروط الحلول فأنه يتم بقوة القانون[3].

الفرع الثاني: جوانب التقدير و التقييد في عنصر الشكل و الإجراءات

يقصد بعنصر الشكل - **La Forme**- في القرار الإداري بأنه يعني المظهر الخارجي الذي تسبقه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها و الإجراءات التي تتبعها في إصداره، ومن ثم فهو قواعد تحدد كيفية ممارسة الإدارة لسلطتها في إصدار القرار الإداري، وتبين المظهر الخارجي لإرادة السلطة الإدارية بغض النظر عن موضوع هذه الإرادة[4].

و إن الشكليات - **Les Formalités** - و الإجراءات - **Les Procédures** - ليست مجرد روتين أو عقبات أو قواعد إجرائية لا قيمة لها، و إنما هي في حقيقتها ضمانات للإدارة بمنعها من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحريتهم بإتخاذ قرارات غير مدروسة، وبالتالي حملها على التروي في ذلك و وزن الملابسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة، وهو الأمر الذي يحقق أيضا ضمانات للأفراد ضد إحتمالات تعسف الإدارة[5]، وكما يقول **الفقيه الألماني الكبير "أهرنج" - Ihering -** "فإن الشكليات و الإجراءات تعد الأخت التوأم للحرية وهي العدو اللدود للتحكم و الإستبداد".

---

[1] **لتفصيل أكثر** حول التفويض **أنظر:** - عبد الغاني بسيوني عبد الله ، التنظيم الإداري - دراسة مقارنة - ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 113 و ما بعدها.

[2] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 161.

[3] حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 114.

[4] محمود سامي جمال الدين ، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا) ، مجلة الشريعة و القانون - كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة - ، العدد 03 ، يوليو / تموز/ 1989 ، ص 333 – 334.

[5] سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 133.
أنظر أيضا: - عصام الدبس ، القضاء الإداري و رقابته للأعمال الإدارة - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 351.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص 71.

والقاعدة العامة أن القرار لا يخضع في إصداره لشكل محدد، فقد يكون كتابيا أو شفويا، يصدر صراحة أو ضمنا، لكن إذا نص الدستور أو القانون على شكليات تلتزم بها الإدارة أو إجراءات تتبعها أثناء إصدارها للقرار الإداري، فيجب على الإدارة عندئذ مراعاتها و تصبح ملزمة بالشكل القانوني الذي حدده القانون دون غيره، وإلا أصيب قرارها بعيب الشكل **Le - vice de Forme -** و يصبح قابلا للإلغاء لعدم المشروعية[1]، فمجموع هذه القواعد الإجرائية والشكلية يشكل ما يسمى بالإجراءات الإدارية غير قضائية **La procédure - administrative non contentieuse-** والذي يؤدي خرقها الذي يعتبر عيب شكلي إلى عقوبة قضائية[2]، وعلى ذلك يمكن القول بأنه في غير حالة تقييد المشرع للإدارة بإلتزام شكل معين أو إجراءات محددة، تتمتع الإدارة بحرية تقديرية واسعة في إتباع الشكل الملائم و الإجراءات المناسبة لإتخاذ القرار الإداري وهذا ما أستقر عليه القضاء الإداري أيضا، بأن الإدارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة ما لم يحتم و يفرض القانون ذلك[3].

و عنصر الشكل و الإجراءات قسمه الفقه إلى قسمين:

أولا: الشكليات السابقة على إصدار القرار الإداري

وهي تشمل كافة الإجراءات التي يلزم إتخاذها قبل إصدار القرار الإداري، و إلا شابه عيب الشكل، وخصص لهذا القسم، إصطلاح الإجراءات **- Les Procédures -** وهي:

1- الإجراءات الاستشارية*: هناك بعض القرارات الإدارية لطبيعتها الخاصة لا يجوز للإدارة إصدارها قبل عرض موضوعها على فرد أو هيئة ما حددها المشرع لكون هذا الإجراء يحقق غرضا محل إعتبار له.

2- إجراء احترام المدة القانونية*: إذا ما ألزم القانون إستفاء إجراءات معينة أو أخذ رأي لجنة ما قبل إصدار القرار الإداري فإن هذا القرار يجب أن يصدر في خلال مدة معقولة و محددة قانونا.

3- التحقيق الإداري كإجراء سابق لتوقيع الجزاء التأديبي*: فهو ضمانة فردية واجبة الإتباع قبل توقيع الجزاء الإداري بقرار تأديبي، فهو إذا إجراء كاشف للحقيقة.

4- إجراء احترام حق الدفاع في القرارات الإدارية التأديبية*: إذ تفرض القواعد القضائية المنبثقة من النصوص القانونية، من تمكين المعنيين قبل إصدار القرار التأديبي من الإدلاء بوجهة نظرهم وتقديم إعتراضاتهم، وهو إجراء يجسد ما يسمى **"بمبدأ الوجاهية"**.

---

(1) علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 102.
(2) ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 251.
(3) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 134.

5- إجراء نظام المداولات*: و هذا في فئة القرارات البلدية وبعض القرارات الولائية في النظام الإداري الجزائري.

6- الإجراءات المضادة أو قاعدة توازي الأشكال و الإجراءات الإدارية*

ثانيا: الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري

وتعتبر وسيلة للتعبير عن إرادة السلطة الإدارية، أي الصورة التي يجب أن يفرغ فيها القرار عند إصداره، وخصص لهذا القسم اصطلاح الشكليات **- Les Formalités -** وهي:

1- شكلية القرار في وثيقة معينة محددة: وهذا وفقا لنموذج ساري العمل به.

2- شكلية التوقيع والتصديق: إذ يجب أن يكون القرار الإداري ممضي من طرف مصدره، و كذلك إحترام الشكلية المتعلقة بالتصديق.

3- شكلية تثبيت تاريخ صدور القرار: الإشارة إلى التاريخ في القرار الإداري تعتبر شكلية ثانوية كما يمكن إضافة الأشكال الخاصة بديباجة القرارات والمتمثلة في الإشارة إلى النصوص القانونية المستند إليها في إصدار القرار مع مراعاة ترتيبها الزمني و أهميتها.

4- شكلية تبليغ القرار للمعني به شخصيا أو بنشره: إذا كان القرار تنظيمي وفقا للأشكال المحددة في النصوص القانونية.

5- شكلية تسبيب القرارات الإدارية: و لعلى تسبيب القرار الإداري أهم شكلية قد ينص عليها القانون، وللتسبيب هدف مزدوج فإلى جانب أن فيه إجبار الإدارة على التروي قبل إصدار قراراتها والتأكد من إحترامها لمبدأ المشروعية ففيه أيضا منح المخاطب بالقرار الإداري فرصة الإحاطة الكاملة بكافة جوانبه[1]، لذا سوف نتطرق إليها بشيء من التفصيل، لما لها من علاقة مع عنصر السبب و هو عنصر مستقل سوف نتطرق إليه لاحقا.

وتنقسم هذه الإجراءات و الشكليات التي تكون عنصر الشكل و الإجراءات في القرار الإداري، من حيث مدى وقوة تأثيرها و فاعليتها في شرعيته وعدم شرعية القرارات الإدارية إلى **"إجراءات و شكليات جوهرية و أخرى ثانوية أو غير جوهرية".**

- P. F. Substantielles et Accessoires ou secondaires -

---

* **لتفصيل أكثر أنظر:** - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 75 و ما يليها.
أنظر أيضا: - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 512.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع نفسه ، ص 86.

ومعيار التمييز بين الإجراءات و الشكليات الجوهرية و غير الجوهرية هو مدى تدخل أو عدم تدخل المشرع والنص على ضرورة إلتزام إتباع إجراء ما أو شكلية معينة، وكذا نوعية و قيمة المصلحة و الهدف الذي يحميه هذا الإجراء أو الشكلية.

وعليه تعتبر **"الإجراءات و الشكليات جوهرية"** من خلال النص عليها بصيغة الوجوب من قبل المشرع أو إذا فرض النص صراحة ببطلان القرار عند تخلفها، وهذا لأنها مظهر من مظاهر عيب مخالفة ركن الشكل و الإجراءات، أما **"الإجراءات و الشكليات الثانوية و الغير جوهرية"** وبكل بساطة التي لم ينص عليها المشرع بنص قانوني لا بالوجوب و لا بالفرض و بالتالي لا يترتب عند مخالفتها المساس بسلامة وشرعية القرار الإداري، و لا تعتبر من مظاهر عيب مخالفة الشكل و الإجراءات[1].

ومثال الإجراءات و الشكليات الجوهرية هي: الإجراء الاستشاري، إجراء التحقيق، الإجراء المضاد و مبدأ توازي الأشكال و إجراء المداولات و إجراء احترام حق الدفاع، كذلك شكلية كتابة القرارات الإدارية، شكلية التبليغ و النشر، شكلية وضع التأشيرات و المصادقة عليها من قبل السلطات المختصة، و شكلية التسبيب.

لكن قد يحدث أن يسكت المشرع أو مصدر التنظيم عن ذكر جزاء تخلفها، فعندئذ ينظر إلى روح القانون والغاية من إصداره لتقرير البطلان إذا كان الشكل على درجة من الأهمية، بحيث يؤثر في مضمون القرار الإداري وبالتالي قد يعد القرار باطلا لمخالفة الشكل و الإجراءات رغم عدم ترتيب جزاء البطلان صراحة في القانون[2].

والشكليات الثانوية هي التي لا يترتب على إهمالها الكلي أو الجزئي بطلان القرار في جميع الحالات، حيث يتصرف بشأنها بهامش من الحرية والمرونة في حدود ما لا يمس بصلب موضوع القرار، ويدخل ضمن هذه الأشكال حسب ما أستقر عليه الاجتهاد القضائي**:**

1- الشكليات المقررة لصالح الإدارة وحدها و يمكن تداركها بالتصحيح و التعديل.
2- الإجراءات التي لا تؤثر في موضوع القرار.
3- عند الاستحالة المادية لإتمام الشكليات المقررة[3].

وفي كل الأحوال فإن القضاء هو الذي يحدد في كل حالة ما إذا كان الإجراء أو الشكلية جوهرية أو ثانوية، وعلى القضاء كما قلنا أن يسترشد في ذلك بروح التشريع و المبادئ العامة

---

[1] **لتفيل أكثر أنظر:** - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 511 و ما بعدها.
[2] محمود الجبوري ، المرجع السابق ، ص 101.
[3] هاشمي خرفي ، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية و بعض التجارب الأجنبية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 426.

للقانون، ومن الحكمة التي توخها المشرع من جعلها جوهرية[1]، وعليه يمكن القول أن **مصدر الإلزام** بقواعد الشكل و الإجراءات يكون بإحدى الطريقتين:

1- القانون: ويشمل ما يصدر عن السلطة التشريعية من تشريعات أو ما تصدره السلطة التنفيذية من تنظيمات.

2- المبادئ العامة للقانون: وتعتبر روح التشريع التي إستخدمها القضاء منه وأستقر على تطبيقها[2].

وتجدر الإشارة أنه لا تقوم مسؤولية الدولة و لا يكون عيب الشكل و الإجراءات مصدر للمسؤولية في دعوى القضاء الكامل إلا إذا كان الشكل أو الإجراء جوهري و أساسي[3].

وهكذا يتضح أن الإجراءات و الشكليات كعنصر من عناصر القرار الإداري تكون محلا للتقييد و التقدير، فالسلطة التقديرية للإدارة تنتفي في مجال ركن الشكل و الإجراء في الحالة التي يحدد أو يوجب فيها القانون إتباع شكلية أو إجراء معين و يرتب البطلان على مخالفة هذه الشكلية أو الإجراء، ويتعرض القرار للإلغاء لتعييبه بعيب الشكل، كما أن الأمر مختلف إذا ما نص القانون على وجوب إتباع شكلية أو إجراء معين، ولكن لم يحدد الجزاء على مخالفة ذلك، حيث تصدى القضاء الإداري لهذه الحالة ورتب البطلان على مخالفة الإجراء أو الشكلية الجوهرية دون الشكلية أو الإجراء غير الجوهري، لأن الإجراء و الشكل الغير جوهري لا يشكل مصلحة للأفراد و لا ضمانة مقررة لحماية حقوقهم وحرياتهم، كما أنه لا يؤثر في مضمون القرار الإداري أو الغاية والنتيجة منه.

أما إذا تخلى المشرع عن تحديد أية إجراءات أو شكليات لإصدار قرار إداري معين، أو إعتبر القضاء أنها غير جوهرية و ثانوية، فإنه يكون للإدارة سلطة تقديرية في إتباع و إختيار شكليات معينة أو حتى عدم إتباع أي نوع من الشكليات[4].

ويجدر الإشارة على حد تعبير **الدكتور سامي جمال الدين** أنه العنصر الوحيد في القرار الذي كان فيه موقف المشرع بصدد عنصر الشكل و الإجراءات، يتجه بصورة متزايدة إلى

---

[1] علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 103.
[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 72 – 73.
[3] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 141.
[4] مصلح الصرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التى أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 171.
أنظر أيضا: - محمود سامي جمال الدين ، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا) ، المرجع السابق ، ص 336.
- نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 41.
- حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 115 – 116.

تقييد جهة الإدارة في حين أن القضاء الإداري وعلى غير عادته عمل على التخفيف من هذه القيود ومنح المزيد من حرية التقدير لجهة الإدارة تحت رقابته[1].

المطلب الثاني: جوانب التقدير والتقييد في أوجه المشروعية الداخلية للقرار الإداري

وتعني أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري، الأركان الموضوعية و الداخلية لصحته وهي تتعلق مباشرة بموضوع القرار الإداري أي فحواه وهو عنصر المحل **L'objet de l'acte -** والذي يقوم على عنصر السبب الذي أدى بالإدارة إلى إتخاذ القرار الإداري، و عنصر الغاية التي يستهدفها هذا القرار، و عليه كما سبق في المطلب الأول، يستوجب البحث في هذه العناصر الثلاثة على ضوء سلطة الإدارة إتجاه كل عنصر منها، و إستخلاص جوانب التقدير و التقييد.

الفرع الأول: جوانب التقدير و التقييد في عنصر السبب

عنصر السبب في القرار الإداري* عرفه **الدكتور سامي جمال الدين** على أنه "مجموعة الوقائع التي تسبق القرار وتدفع إلى إصداره، فهو إذن المبرر والدافع إلى إتخاذ القرار الإداري• كما يمكن تعريفه قانونا بأنه مجموعة من العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف و إتخاذ القرار الإداري"[2]، و هذا تعريف **الدكتور عصام البرزنجي** أيضا بأنه "مجموعة العناصر القانونية و الواقعية التي تقود الإدارة إلى التصرف"[3]، وعرفه **الطماوي** بأنه "حالة واقعية غالبا **-Situation de fait-** أو الحالة القانونية **- Situation de droit-** تعرض للإدارة فتتدخل على أساسها و تتخذ قرارها"[4]، و يرى **الدكتور أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد** لما حلل تعريف **الطماوي** و **البرزنجي** بأن السبب عند **الطماوي** قد يكون إما حالة قانونية أو حالة واقعية أي أنه يكفي السبب أن تقوم حالة واقعية، غير أن السبب عند **عصام عبد الوهاب البرزنجي** فإن الحالة القانونية يجب أن تكون موجودة دائما وسابقة على القرار، أي أن القرار يقوم على حالة قانونية تليها حالة واقعية، غير أنه لا يقوم على أساس من حالة واقعية فقط[5].

---

(1) سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص 135.

* تختلف فكرة السبب في القانون الإداري عنها في القانون الخاص، ففي الأولى تعتبر ركن من أركان القرار الإداري أما في حالة الثانية فهو ركن من أركان العقد.

• ينظر البعض إلى فكرة السبب نظرة واسعة بحيث يجعله يشمل عنصر الغاية من القرار الإداري أيضا. **أنظر في ذلك:** - ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 432.

(2) سامي جما الدين ، المرجع نفسه ، ص 173.

(3) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 228.

(4) سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 586.

(5) أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد ، تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء - دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي و نصوص القانون المصري - ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 25 – 26.

و من خلال تعريف السبب تظهر لنا "حالاته و أشكاله" و هي[1]:

أولا: الأسباب و الحالة الواقعية: وتتمثل في الأوضاع المادية الناجمة عن الطبيعة أو بتدخل إنساني ويمكن تقسيمها على النحو التالي:

أ- الأسباب التي تكون على شكل عمل معين: ومثالها إضراب أمني.

ب- الأسباب التي تتخذ شكل حالة معينة: ومثال ذلك انتشار وباء.

ج- الأسباب التي تتخذ شكل صفة معينة: قد تتوافر هذه الصفة في شخص معين أو في شيء معين، كما هي الحالة بالنسبة لمن توافرت به صفات تؤهله للتوظيف في الوظيفة العامة.

فكل هذه الأسباب تكون وراء إصدار الإدارة للقرار الإداري.

ثانيا: الأسباب و الحالة القانونية: وتتخذ شكل قاعدة تشريعية أو قاعدة دستورية أو مبدأ من المبادئ العامة أو قاعدة تنظيمية أو قرار إداري أو حكم قضائي أو قاعدة عرفية، فجميعها تعد أسباب قانونية لقيام قرار إداري، ومعناه أنه قد يقوم القرار الإداري على حالة قانونية، والتي تتمثل في وجود مركز قانوني معين سواءا كان خاص أو عام، مثل تقديم الموظف للإستقالة و سبب قرار الإدارة بقبولها وإنهاء العلاقة الوظيفية، كذلك إرتكاب الموظف لخطأ مهني - جريمة تأديبية - كإهمال المنصب بالتغيب لمدة محددة قانونا، فسبب الإدارة في عزله هو إهمال المنصب.

وإذا كان تخلف سبب القرار الإداري يؤدي دائما لبطلانه لضرورة أن يكون لكل قرار إداري سبب يبرره، صدقا وحقا أي في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان إنعقاده بإعتبار القرار الإداري تصرفا قانونيا و لا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه، فإن تخلف تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي لا يؤدي إلى بطلانه، إلا إذا استلزم المشرع ذلك التسبيب، حيث يكون القرار الإداري في هذه الحالة موصوفا بعيب الشكل لا عيب السبب[2]، وبالتالي عيب مخالفة القانون أو عيب الإنحراف واستنادا إلى "**قرينة سلامة القرار الإداري**" و إفتراض صحته، فقد إستقر القضاء الإداري على أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بذكر أسباب لقرارها إن لم يلزمها القانون بذكر هذه الأسباب، إذ يفترض في كل قرار إداري أنه قام على سبب صحيح، وصدر وفقا للصالح العام، و أن للأحكام التي جاء بها قيمة قانونية تأثر في الإثبات إلى حين إقامة الدليل على عكس ذلك من قبل المدعى[3].

---

[1] أشرف عبد الفتاح أبو المجد ، المرجع السابق ، ص 41.

أنظر أيضا: - محمد الصغير بعلي ، مجلس الدولة ، دار العلوم ، عنابة - الجزائر - ، 2004 ، ص 348.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 134.

[3] مصطفى عبد العزيز الطراونة ، القرائن القضائية للإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011 ، ص 155.

و لصحة سبب القرار الإداري يشترط فيه الآتي[1]:

1- قيام السبب وقت إصداره: ومعناها قائما وموجودا وقت إتخاذ القرار، إذ لا يكفي وجود الحالة القانونية أو الواقعة و إنما يجب إستمرارها إلى حين إصدار القرار.

2- مشروعية سبب القرار الإداري: وذلك بأن يكون مندرجا في النظام القانوني السائد بالدولة وغير مخالف له وغير متعارض مع مبدأ المشروعية.

3- تحديد سبب القرار الإداري: إضافة إلى الشرطين السابقين، ينبغي أن يكون سبب القرار الإداري محددا بوقائع ظاهرة يقوم عليها و لا يكون إعمال هذا الشرط إلا بالنسبة لقرارات الإدارة التي إشترط المشرع التسبيب لمشروعيتها، كالقرارات التأديبية ورفض منح رخصة ما.

والفرق بين "**سبب القرار و محله**" هو أن سبب القرار الإداري هو دافع الإدارة في إصداره سواء كان في حالة قانونية أو واقعية تستلزم مواجهة أثارها بتدخل الإدارة، في حين أن محل القرار هو الأثر الذي يرتبه إصداره من تأثير في المراكز القانونية القائمة إلغاء أو تعديلا، أو ما يوجده من مراكز قانونية مستحدثة، فالقرار التأديبي سببه ما أقترفه الموظف من ذنب إداري و محله هو الجزاء الذي وقع عليه، والفرق بين "**سبب القرار و غايته**" وفق للمفهوم و المثال السابق إذ أن غاية القرار تعبر عن هدف الإدارة ومقصدها من إصداره، وبالتالي زجر المخالف لمنعه من معاودة الذنب الإداري (السبب) وردع غيره لمنعهم من إقترافها[2]، غير أنه يوجد من مزج بين السبب و الغاية إذ يعتبر السبب مقدمة ضرورية له عن الغاية من القرار و التي تمثل الهدف النهائي الذي يسعى تحقيقه إلا أن هذه التفرقة غير واضحة لدرجة التي أدت **بالفقيه جيز** إلى مزج العنصرين معا في عنصر واحد و أطلق عليه اصطلاح "**الأسباب الدافعة**"[3].

ويأخذ عيب السبب - انعدام السبب - الذي يشكل وجها لإلغاء القرارات الإدارية العديد من الصور قدمها القضاء والفقه الإداري وتشكل في مجملها عيوب السبب وهي:

1- إنعدام الوجود المادي للوقائع.

2- الخطأ في التكييف القانوني للواقعة.

3- رقابة الملاءمة.

وهذه العيوب سنتطرق إليها لاحقا في فصل التطبيقات العملية والرقابة المفروضة على السلطة التقديرية للإدارة.

---

[1] محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 350 – 351.
أنظر أيضا: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 136 و ما بعدها.
[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع نفسه ، ص 135.
[3] حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 121.

ونخلص مما سبق أن سلطة الإدارة تختلف في إختيار سبب القرار الإداري بحسب موقف المشرع، فعندما يحدد المشرع سبب القرار الإداري، فإن الإدارة ملزمة بالإلتزام بهذا السبب، حيث تعد سلطاتها في ذلك سلطة مقيدة و لا يترك لها المشرع من حرية التقدير إلا في تحديد الوقت الملاءم لإصدار القرار طالما لم يلزمها القانون بأجل محدد لذلك.

وقد يترك المشرع الباب مفتوحا أمام الإدارة لإختيار سبب قرارها، وعندئذ تتمتع الإدارة بقسط كبير من حرية التقدير في إتخاذ أي واقعة أو حالة سندا ودافعا لقرارها، شريطة أن يكون هذا السبب معقولا لتبرير القرار الذي أصدرته، و أن يكون قائما على وقائع صحيحة غير صورية وثابتة، ويتمثل هنا أوسع قدر جوانب السلطة التقديرية للإدارة.

وفي جميع الحالات سواءا حدد المشرع سبب القرار الاداري، أم ترك للإدارة سلطة تحديد أسباب قرارها، فإن الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في التحقق من صحة الوقائع التي تدفعها إلى التدخل وإصدار قرارها، أو في التكييف القانوني لتلك الوقائع كونها ملزمة بالخضوع لحكم القانون.

وفي المقابل فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير أهمية هذه الوقائع والنتائج التي تترتب على القرار الذي إستند إليها أو بالأحرى قيمة السبب وكفايته، فسلطة تقدير الحاجة لإصدار القرار الاداري أو عدم إصداره يعود للإدارة بإعتبارها الجهة المسؤولة عن تحديد الإجراء الأكثر إنسجاما مع المصلحة العامة[1].

---

[1] أحمد حافظ عطية نجم ، السلطة التقديرية للإدارة و دعاوى الإنحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الثاني ، ديسمبر 1982 ، ص 59.

أنظر أيضا: - محمود سامي جمال الدين ، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا) ، المرجع السابق ، ص 342 – 343.

- مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 175.
- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص 73 و ما بعدها.
- محي الدين القيسي ، المرجع السابق ، ص 170 – 171.
- حمد عمر حمد ، الرجع السابق ، ص 123 و ما بعدها.
- ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 433.

الفرع الثاني: جوانب التقدير و التقييد في عنصر المحل

يقصد بمحل القرار الإداري - **L’objet** - موضوع القرار أو فحواه المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة، وذلك بالتغيير في المركز القانوني سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء[1]، وبمعنى أخر الأثر القانوني المترتب على إصداره حالا ومباشرة - **Immédiatement et On directement** -، و محل أي قرار إداري يكمن في موضوعه المتمثل في مركز قانوني عام أو خاص من حيث الإنشاء، أو التعديل أو الإلغاء، علما أن المركز القانوني هو مجموعة وكتلة الحقوق والإلتزامات المتولدة والمترتبة عن القرار الإداري كتصرف قانوني خلافا للعمل المادي الذي ليس له ذلك الأثر[2]، إذ أن المحل المادي متمثل في واقعة مادية واقعية فقط، وقد يتنوع هذا الأثر بحسب نوع القرار وما إذا كان قرار تنظيميا ينشأ أو يعدل أو يلغي مركز قانوني عام ومجرد، أم قرارا فرديا ينشأ، أو يعدل أو يلغي مراكز قانونية فردية "ذاتية"[3].

وكقاعدة عامة يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين، أي أنه لا يتصور وجود تصرف قانوني أيا كان بدون أثر قانوني يتمثل في الحقوق أو الالتزامات التي يرتبها وبدون ذلك يفقد التصرف أو العمل صفته الجوهرية كتصرف قانوني.

و لكي يكون محل القرار الإداري سليما و صحيحا يجب توافر شرطين:

1- أن يكون المحل و ممكنا: ويعني أن يكون هذا المحل ممكنا سواءا من الناحية الواقعية أو الناحية القانونية وليس مستحيلا، فإذا إستحال المحل قانونا أو وقعا، وأصبح لا يمكن تنفيذه فإننا سنكون أمام قرار إداري منعدم وليس قابلا للإلغاء[4] **فمثلا:** قرار الترقية يكون محله غير ممكن إذا أتضح أن الموظف قد بلغ سن التقاعد.

2- أن يكون المحل جائزا و مشروعا: يجب أن يكون الأثر القانوني التي تقصد الإدارة ترتبه جائزا قانونا، من حيث إتفاقه وعدم تعارضه ومخالفته للنظام القانوني السائد بالدولة ضمانا لمبدأ المشروعية بمختلف مصادره المكتوبة بالدستور والقانون والتنظيم وغير مكتوبة كالعرف والمبادئ العامة للقانون كمبدأ إحترام الحريات العامة ومبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والحريات[5].

---

(1) عبد الغاني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص 620.
(2) محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 385.
(3) سلام عبد الحميد محمد زنكة ، المذكرة السابقة ، ص 101.
(4) محمد الأمين كمال ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية (أوجه الإلغاء) ، مجلة التشريع و القضاء ، السنة 03 ، العدد 04 صدر لتشرين الأول / تشرين الثاني / كانون الأول ، 2011 ، ص 9.
(5) محمد الصغير بعلي ، المرجع نفسه ، ص 359 – 360.

ومن هنا يعتبر كل خروج على قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها إصابة محل القرار الإداري بعيب مخالفة القانون، وكل مساس بمركز قانوني مشروع مخالفة للقانون يترتب عليه الحكم بإلغاء القرار(1).

ومن الجلي في هذا الصدد أن هناك **"إرتباطا واضحا بين عنصري السبب و المحل"*** فالغالب أن القانون إذا أتجه إلى الإختصاص المقيد بشأن المحل فإنه يلجأ أيضا إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن السبب، بمعنى أن يقرر أن لرجل الإدارة في مواجهة واقعة معينة سلطة إتخاذ إجراء محدد بالذات، أي سلطة إحداث أثر قانوني معين في مواجهة هذه الواقعة، وبذلك يتولى القانون تحديد محل وموضوع هذا الأثر بشكل كامل(2)، وعلى العكس من ذلك فمن الملاحظ أن عدم تحديد المحل يلازم عدم تحديد السبب بحيث يمكن القول أن السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في حرية إختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار(3)، فمثلا إذا قرر القانون لرجل الإدارة أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام إذا ما تعرض لأي تهديد بالخطر، فإن القانون بهذا قد ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في تحديد محل القرار وفي تقدير أهمية الوقائع أو قيمة السبب الذي يبرر إتخاذ القرار، وهذا لعدم وجود تحديد قانوني بالنسبة للسبب و المحل في وقت واحد.

ولذلك يمكن القول أن إختصاص الإدارة يكون مقيد في صدد عنصري السبب و المحل إذا كانت الأسباب محددة، بحيث يتم تكييف الوقائع بطريقة حتمية غير إرادية وكان المحل هو نتيجة منطقية لتلك الأسباب، وعلى العكس يكون الإختصاص تقديريا في هذا الشأن إذا كانت الأسباب غير محددة قانونا ويتم تكييف الوقائع بطريقة إرادية غير آلية وكان محل القرار لا يرتب لا ضرورة ولا منطقا على هذه الأسباب وإنما يتوقف على إرادة الشخص المختص بتطبيق القانون(4).

وهكذا فإن السلطة الإدارية يمكن مباشرتها في صدد عنصري السبب و المحل في آن واحد وهو الأمر الغالب قانونا.

ويشير الفقه إلى رقابة القضاء الإداري في هذه الحالة على أنها الرقابة على ملاءمة القرار الإداري(5)، غير أن المحل هو ركن القرار الإداري الذي تظهر فيه السلطة التقديرية في صورة إيجابية وواضحة، وهو الأهم من عنصري الملاءمة، أي السبب و المحل، بل إن بعض

---

(1) عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني ، المرجع السابق ، ص 208.
أنظر أيضا: - ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 432.

* تجدر الإشارة إلى أن غالبية الفقه تدرس هذه المسألة خلال عرض عنصر السبب، غير أن الأصح دراستها مع عنصر المحل حيث تبدو إرادة الإدارة المخالفة للقانون أشد أثرا.

(2) سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص 254.

(3) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 464.

(4) محمود سامي جمال الدين ، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا) ، المرجع السابق ، ص 346.

(5) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع نفسه ، ص 418.

الشراح يرى أن الملاءمة الحقيقية تكمن في عنصر المحل وحده دون عنصر السبب[1]، وذلك لقيام علاقة التطابق بين خطورة السبب و المحل وأثر حرية الإختيار في أي منهما في الآخر.

فمن خلال مفهوم محل القرار ومدى ارتباطه بعنصر السبب يتمتع رجل الإدارة بسلطة تقديرية في مجال محل القرار الإداري حينما يترك له حرية الإختيار بين عدة بدائل متاحة كلها أمامه وعلى عكس من ذلك تعد سلطته مقيدة إذا لم تكن أمامه أية حرية في الإختيار، وعليه تتجسد السلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بمحل القرار فيما يلي:

1- حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع: ما لم يلزم المشرع الإدارة بالقيام بعمل معين، فإنها حرة في أن تتدخل أو تمتنع رغم توافر الأسباب، ولهذا فإن القاعدة المسلم بها أن الإدارة حرة في إنشاء المرافق العامة، و إن مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يلزم الإدارة بإنشاء المرفق اللازم لإشباع تلك الحاجة، أما إذا ألزمها المشرع بذلك فإن سلطة الإدارة التقديرية تختفي ليحل محلها إختصاص مقيد[2].

2- حرية الإدارة في إختيار وقت التدخل: إذا لم يلزم المشرع الإدارة بأن تصدر قرارها في وقت محدد، فللإدارة السلطة التقديرية بالكامل في إختيار وقت التدخل بالقرار الإداري الذي تحقق سببه حتى ولو كان المشرع قد ألزمها بالتدخل، فالإدارة هي التي تحدد وقت تدخلها على ضوء ما يتوفر لها من ظروف مواتية وعلى ضوء ما لديها من خبرة في هذا الصدد وتجربتها السابقة ومن هنا فإن إختيار وقت التدخل يعد أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة[3].

3- حرية الإدارة في إختيار فحوى و مضمون القرار: ويعني حرية الإدارة في إختيار الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري، فمن المسلم به أنه إذا لم يفرض المشرع على الإدارة مقدما نوع القرار الذي يجب إتخاذه وفحواه، فإن لها السلطة التقديرية وحرية تضمين قرارها بالأثر الذي تريده بشرط أن يكون ممكنا وجائزا قانونا ومحققا للهدف والغاية المنشودة وهي المصلحة العامة، فلها حرية إختيار الوسيلة المناسبة لتحقيق هذه الغاية فالمشرع هنا يكتفي برسم الخطوط العامة فقط[4]، وبالتالي تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير محل القرار.

---

(1) Lino . Diqual , op. cit. , P 129.

(2) سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، المرجع السابق ، ص 588.
أنظر أيضا: - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 107.

(3) عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص 92.
أنظر أيضا: - سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه ، ص 588.
- علي عبد الفتاح محمد ، المرجع نفسه ، ص 107.

(4) سليمان محمد الطماوي ، السلطة التقديرية و السلطة المقيدة ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية ، السنة الرابعة ، العددان الأول و الثاني يناير ، 2 يونيو 1950 ، ص 116.
أنظر أيضا: - نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 44.

ولتوضيح أكثر يمكن تصور إختيارات الإدارة السابقة والتي تتحدد لها سلطتها التقديرية في الفروض الآتية:

الفرض الأول: إذا لم يحدد القانون أية أسباب و لا أية أثار تترتب على هذه الأسباب فللإدارة سلطة تقديرية مطلقة وكاملة مثل لها إذا أجاز القانون للإدارة تأديب عمالها لأي سبب تراه.

الفرض الثاني: إذا حدد القانون سبب القرار ثم يترك للإدارة حرية إختيار محل القرار الذي تراه مناسبا ومثالها توقيع عقوبة تأديبية في حالة إرتكاب خطأ تأديبي دون أن ينص على ماهية العقوبات التأديبية، فهنا للإدارة السلطة التقديرية في إختيار الأثر القانوني التي تراه مناسبا أي المحل.

الفرض الثالث: إذا حدد القانون سبب القرار ثم يترك للإدارة حرية إختيار محل القرار من بين فروض وبدائل يحددها المشرع على سبيل الحصر، فللإدارة السلطة التقديرية في إختيار الأثر الذي تريده دون خروجها على الفروض التي حددها المشرع مثالها توقيع عقوبة تأديبية تبدأ من الخصم من الراتب وتنتهي بالفصل عند إرتكاب مخالفة تأديبية.

الفرض الرابع: إذا حدد القانون سببا يترتب عليه أثر معين مثالها إحالة الموظف إلى التقاعد عند بلوغه السن القانوني، فهنا تصبح سلطة الإدارة سلطة مقيدة وهذا بنص القانون على سبب و محل القرار في نفس الوقت.

وفي الأخير نلاحظ من الفروض السابقة أن سلطة الإدارة التقديرية بين السبب و المحل تكون في أقصاها في الفرض الأول وتتدرج في التضاؤل في الفرض الثاني عند تحديد عنصر السبب دون المحل وتقل أكثر في الفرض الثالث عند تحديد السبب وحصر المحل في عدة بدائل ثم تنعدم في الفرض الرابع عند تحديد كلا عنصري السبب و المحل معا.

الفرع الثالث: جوانب التقدير و التقييد في عنصر الغاية أو الغرض

يقصد بركن الغاية أو الغرض أو الهدف أو الباعث هو الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار، وقد عرف **الطماوي** ركن الغاية بأنه **"**النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها**"**(1) .

وقد عرف **الفقهاء الفرنسيون** ركن الغاية ومنهم **العميد بونار** على أنه **"**النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله**"** أما **العميد دوجي** فقال بأن **"**ذلك التصور المتولد في ذهن رجل الإدارة بأنه لو حقق محل إرادته، فإنه يهيئ فرصة تحقق أو تساعد على تحقيق رغبة لديه أو لدى فرد آخر**"**، وعليه نجد أن **العميد**

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص40.

دوجي يذهب إلى إعتبار ركن الغاية هو أمر نفساني بحث لرجل الإدارة عند إتخاذ القرار بعد أن يقوم السبب الملهم، بدوره في غرس فكرة إتخاذ قرار معين في ذهن رجل الإدارة[1].

كما أن القرار الإداري ليس غاية في حد ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية معينة هي المقصودة من إتخاذ القرار، ويقول **الأستاذ فالين** "أن كل سلطة إجتماعية إنما تجد وجودها الشرعي فيما تسعى إليه من تحقيق المصلحة العامة"[2]، فإذا سعى مصدر القرار إلى الإنتقام من بعض الأفراد أو تحقيق مصالح شخصية أو أغراض سياسية وقع القرار باطلا لعيب إنحراف السلطة - **Détournement de pouvoir** - أو إساءة استعمال السلطة، ويقع القرار باطلا وقابل للإلغاء لنفس العيب أيضا إذا إستهدف مصدره المصلحة العامة دون أن يسعى إلى تحقيق الغاية التي حددها المشرع على وجه التخصيص[3].

و **يشترط لصحة القرار الإداري** أن يهدف إلى تحقيق غاية مشروعة والتي تأخذ إحدى **الصورتين[4] :**

1- المصلحة العامة - L'intérêt général -: فالقاعدة العامة أن النشاط الإداري وما يتطلبه من قرارات إدارية إنما يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة و إلا أعتبر تعديا كأن يسعى إلى تحقيق غرض شخصي أو من أجل محابات الغير، إذ أن القانون لم يمنح الإدارة العمومية السلطات و الامتيازات، أي إمتيازات السلطة العامة - **Les Prérogatives de puissance public** - التي تتمتع بها إلا بإعتبارها وسائل تساعدها على تحقيق الصالح العام.

2- تخصيص الأهداف - Spécialisation de but -: هنا قد يحدد المشرع في بعض الحالات وجوب تحقيق غاية معينة بالذات، وعلى الإدارة التقيد إلزاما بالهدف الذي عينه المشرع في إصدارها للقرارات وهذا ما أصطلح على تسميته بقاعدة "**تخصيص الأهداف**".

وعليه يمكن أن نتطرق إلى صورة العلاقة والتمييز بين الغرض و ركن السبب مرورا بركن المحل في القرار الإداري بحيث يذهب الفقه الإداري المقارن عموما إلى أن الغاية في القرار الإداري تمثل عنصر نفسيا فيه تتميز بالطابع الذاتي، إذ هو تعبير عن قصد ونية و إرادة مصدر القرار، للوصول إلى نتيجة معينة متفقة مع الغرض الذي أراده القانون، لذلك كانت صحة الغرض في القرار الإداري تمثل شرطا جوهريا في شرعيته و ركنا من أركانه.

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة القرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، الطبعة 6 ، 1991 ، المرجع السابق ، ص 363 و ما بعدها.

[2] محي الدين القيسي ، المرجع السابق ، ص 164.

[3] ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 435.

[4] علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 109.
أنظر أيضا: - بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص 366.
- ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 252 – 253.

وكون أن عملية إتخاذ القرار الإداري تبدأ بالسبب وهي الحالة القانونية أو الواقعية التي تظهر قبل إتخاذ القرار والخارجة عن إرادة مصدر القرار، فهي تتميز إذا بالطابع الموضوعي، وتمر من خلال المحل والذي هو الأثر الحال والمباشر من أجل الوصول إلى الغاية والغرض الذاتي والتي هي مقارنة مع المحل الأثر أو النتيجة البعيدة والنهائية والغير مباشرة، لذا فالسبب الموضوعي و الغرض الذاتي يعملان في إتجاه واحد وهو توجيه القرار الإداري نحو تحقيق المصلحة العامة، ومن هنا ندرك مدى الإرتباط والإتصال في العلاقة بينهما، فالقرار الإداري الذي يمثل إرادة السلطة الإدارية التي يصدر عنها، يتضمن الرغبة في إحداث أثر قانوني معين وهو عنصر المحل في القرار أو مضمونه، ولكن على أساس السبب الموجود والغرض المستهدف، وعليه نجد أن التلازم والإتصال موجود ووثيق بين العنصرين.

كما وأنه يكون من السهل نظريا التمييز بينهما، لأن السبب يعتبر مقدمة ضرورية لكل قرار وهو نقطة البداية، بينما الغرض أو الغاية هي عنصر تغلب عليه الناحية الشخصية وهي المرحلة النهائية ونقطة الوصول، لكن صعوبة التفرقة بينهما تظهر من خلال الناحية العملية، لأنهما يتقاربان إلى حد كبير، لهذا انتهى الأمر **بالفقيه جيز** إلى المزج بين العنصرين في ركن واحد و أطلق عليه إصطلاح **-"الأسباب الدافعة"-**[1] وهذا نفس ما خلصنا إليه في الفرع المتعلق بالسبب.

وعليه فمن المسلم به أن غاية القرار الإداري لا تخرج عن تحقيق المصلحة العامة، ولذلك ذهب غالبية الفقه إلى أنه ليست هناك في القرار الإداري أية سلطة تقديرية في إختيار الهدف، إذ يتعين أن يستهدف القرار الإداري دائما الغرض المنصوص عليه قانونا وفي الحالة التي لا يحدد فيها القانون تخصيص هدف معين لكل قرار، فإن الهدف لا يجب أن يخرج في جميع الأحوال عن إستهداف تحقيق الصالح العام و إلا شاب القرار عيب الإنحراف بالسلطة[2].

لكن هل تبقى السلطة مقيدة حتى في حالة عدم تحديد القانون لهدف معين ؟

يرى البعض أنه يتعين عدم الخلط بين فكرة الإختصاص المقيد وبين ضرورة تقييد الإدارة بفكرة المصلحة العامة كهدف لقراراتها، وهذا لأن الفرق بينهما في حالة فكرة الإختصاص المقيد توجد غاية وغرض معين ومحدد ضمن إطار المصلحة العامة بمعناها العام، فنكون هنا أمام قاعدة تخصيص الأهداف، أما فيما عدا ذلك من الحالات فإن الإدارة فلن تكون ملزمة بغرض معين بذاته، فقد تتمتع بسلطة تقديرية في إختيار غرض من عدة أغراض معينة و محددة ضمن إطار المصلحة العامة، كما أنه قد لا يحدد للإدارة أي غرض بصدد إختصاص ما، فتكون بالتالي متمتعة بحرية واسعة للإختيار بين الأغراض الممكنة بشرط ألا تمارس إختصاصاتها لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية أو عاطفية.

---

(1) سلام عبد الحميد محمد زنكة ، المذكرة السابقة ، ص 117 – 118.
أنظر أيضا: - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 365.
(2) سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة ، دار النهضة العربية ، الطبعة 2 ، 1966 ، ص 73.

وخلاصة هذا الرأي فإذا كان القانون يفرض غرضا واحدا مخصصا فسلطة الإدارة مقيدة به تماما، أما إذا كانت مجموعة من الأغراض نص عليها القانون فتكون هناك سلطة تقديرية في الإختيار بين عدة أغراض ضمن هذه المجموعة دون الخروج عنها[1].

إلا أنه يوجد من لا يتفق مع هذا الإتجاه الذي انتهى إلى وجود سلطة تقديرية في غير حالة قيام قاعدة "**تخصيص الأهداف**"، ويرى أن الهدف من التصرف الإداري ليس هو "المصلحة العامة" بذاتها وإنما هو "تحقيق المصلحة العامة" وعليه فإذا كانت هناك مجموعة من الأغراض والأهداف من شأنها تحقيق المصلحة العامة، فإن الإدارة تختار الهدف "**الأكثر تحقيقا**" للمصلحة العامة وليست لها الحرية المطلقة في الإختيار، إذ يجب عليها المفاضلة و الموازنة بين أهداف المجموعة لتحديد أيهما أكثر تحقيقا للصالح العام وأيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلا، ومعناه أحدها فقط يحققها في حين الأهداف الأخرى ليست كذلك، فليس من المنطق أن توجد في آن واحد مصلحتين عامتين بشأن تصرف واحد[2].

ومن هنا يتضح أنه ليس للإدارة سلطة تقديرية في شأن تحديد الهدف أو إختيار الغاية من تصرفاتها وهذا ما أستقر عليه الفقه الإداري في مجمله وما يعتنقه القضاء الإداري، ففي حالة تخصيص هدف الإدارة من تصرفاتها، فإنه لا يجوز لها تحقيق هدف آخر مغاير للهدف المحدد حتى ولو كان محققا للصالح العام، وأما في الحالات الأخرى فإن تحديد الهدف أو بالأحرى المصلحة العامة هو أمر يخضع لولاية القاضي نظرا لعدم وجود نص يحدد للإدارة هدفها من ممارسة السلطة، فالمشرع قد يكون مضطرا ويتخلى عن هذا التحديد لتتولاه الإدارة بنفسها، و لكن دون أن يعني ذلك تمتعها بحرية تقدير المصلحة العامة أو سلطة تقديرية في تحديدها، إذ تخضع فيما بعد لرقابة قضائية صارمة للتيقن حقا من أن ما أستهدفه القرار الإداري كان تحقيق المصلحة العامة فعلا[3].

وبالتالي أيا كان مدى السلطة التقديرية التي يعترف القانون بها للإدارة في نطاق معين فإن أمرا واحدا لا يمكن أن يكون محلا للسلطة التقديرية وهو عنصر الغاية إذ يخلوا تماما من جوانب التقدير بإعتبار أن جوانب التقييد تستوفيه بالكامل.

وهكذا نخلص من خلال عرض جوانب التقدير في عناصر القرار الإداري، أن السلطة التقديرية للإدارة تختلف درجتها بإختلاف عناصر القرار الإداري، فتنعدم السلطة التقديرية في عنصر الاختصاص، لأن قواعد الاختصاص من النظام العام فلا يجوز مخالفتها، كما أن

---

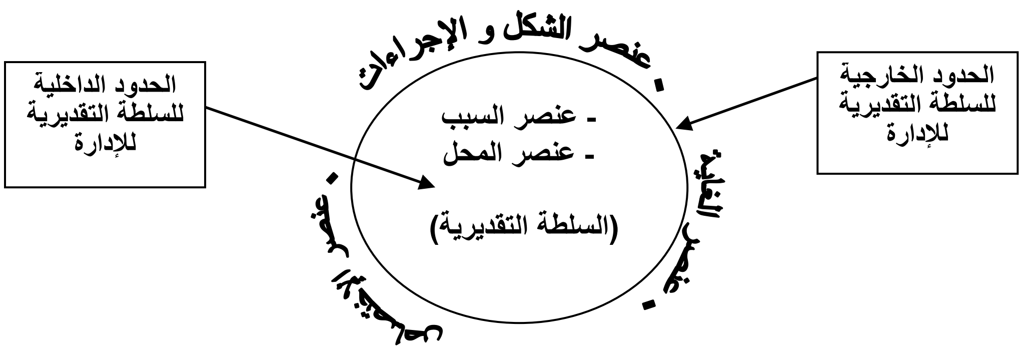
[1] محمود سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 347 – 348.
أنظر أيضا: - سامي جمال الين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص 318.
[2] عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 491 – 493.
[3] مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري ، الطبعة 3 ، 1990 ، ص 743.
أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 321.
- علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 109.
- نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 41 – 42.

الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في عنصر الشكل و الإجراءات، إذا كان القانون يوجب على الإدارة إتباع إجراء أو شكلية معينة، أو كانت هذه الأخيرة جوهرية و أساسية، حيث يرتب على مخالفتها البطلان والإلغاء، وكذلك الحال بالنسبة لعنصر الغاية، فإن سلطة الإدارة مقيدة بالهدف الذي يحدده المشرع حسب قاعدة تخصيص الأهداف، أما إذا لم يحدد المشرع الهدف من إصدار القرار الإداري، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في تحديد الهدف من القرار الإداري بشرط أن يكون ذلك ضمن الهدف والصالح العام وهو تحقيق المصلحة العامة تحت رقابة صارمة من قبل القضاء الإداري.

غير أن مظاهر السلطة التقديرية للإدارة تظهر معالمها في عنصري السبب و المحل و اللذان يرتبطان بعلاقة تلازم منطقية باعتبار أن المحل ينبع من الأسباب و يجب أن يطابقها.

ففي عنصر السبب تكون الإدارة من حيث المبدأ لا تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بصحة الوقائع المادية التي يقوم عليها القرار أو التكييف القانوني لهذه الوقائع، غير أن لها السلطة التقديرية على تقدير ملاءمة النتائج التي تترتب على حصول تلك الوقائع واتخاذ الإجراء المناسب لحماية المصلحة العامة، أما بالنسبة لعنصر المحل فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في **ثلاثة حالات**، إذا ترك المشرع للإدارة الحرية في الإختيار بين أكثر من أثر قانوني يمكن أن يترتب على القرار الإداري، وفي إختيار وقت التدخل بإصدار القرار، وعندما يترك للإدارة الحرية الكاملة في إختيار الأثر الذي يترتب على القرار الإداري مادام مشروعا و يحقق الصالح العام.

وعليه فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية، هي العناصر التالية في القرار الإداري **(الإختصاص، الشكل الإجراءات، و الغاية)**، وسميت بالحدود الخارجية للسلطة التقديرية لارتباطها بفكرة الرقابة القضائية، أي أن القاضي بصدد مراقبة مشروعية القرار الإداري يقوم بداية بفحص عناصر التقييد في القرار الإداري و مدى صحتها و شرعيتها وهذا لاتصالها بالقانون، ثم ينتهي إلى فحص ومراقبة عناصر التقدير في هذا القرار أو التي تحتمله على الأقل وهي **(السبب و المحل)**، إذا هذه الأخيرة تسمى بالحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة و أخيرا فإن الفقه يرى أما كانت عليه الحدود الداخلية للسلطة التقديرية من إتساع أو ضيق وجب عليها وكان على عاتقها إلتزام وإحترام حدودها الخارجية.



المبحث الثالث: تحديد السلطة التقديرية للإدارة

لم يشتغل الفقه الإداري بأمر قدر إشتغاله بمعيار يحدد قيام السلطة التقديرية وذلك باعتبارها روح العمل الإداري، ووسيلة إبداع الإدارة ونجاحها في تسيير شؤونها وأمورها سواء كانت داخلية أم خارجية، علما أنه نفس المعيار الذي يمكن من التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد، بمعنى كيف يتسنى للإدارة والقضاء الإداري من بعدها أن يتجلى ويظهر لهم بأن السلطة سلطة تقديرية في مواجهة حالة معينة بالذات أم أن الإختصاص حيالها مقيد بقواعد قانونية. خاصة وأن المشرع لم يتعرض إلى معيار للتفرقة والتمييز بين الفكرتين، وشأنه شأن القضاء إذ لم يضع مبدأ عام أو قاعدة واحدة لتحديد وتمييز الفكرتين، وبالتالي بقيت المهمة مهمة الفقه، وقد نجح شراح القانون الإداري في تقديم العديد من هذه المعايير في سبيل التوفيق بين الإدارة الحسنة وبين حقوق الناس وحرياتهم، وهذا ما سنتطرق له في **المطلب الأول** من هذا المبحث.

وعلى إثر ما خلصنا إليه في - **المبحث الثاني** - بأن الحدود الداخلية للسلطة التقديرية تكمن في عنصرين السبب و المحل المتلازمان والمترابطان، إضافة إلى الحدود الخارجية والمتمثلة في باقي العناصر المكونة للقرار الإداري، نعرج إلى عيب الإنحراف بالسلطة والمتعلق بعنصر الغاية في القرار الإداري، والذي يتحقق إذا ما حاد متخذ القرار عن تحقيق المصلحة العامة منه أو الهدف الذي خصصه المشرع لإصداره، بحيث وجب علينا الوقوف داخل موطن هذا العيب بسبب إجماع غالبية الفقه واستقرار القضاء على أن السلطة التقديرية للإدارة هي المجال الحقيقي والرئيسي والوحيد لعيب الإنحراف بالسلطة، لسهولة إستعمالها واستغلالها لتحقيق أهداف ذاتية وشخصية، وهذا ما نتناوله في **المطلب الثاني**.

وأخيرا على إثر عيوب السلطة التقديرية للإدارة والتي استخلصناها سابقا من أعمال و تصرفات الإدارة بمناسبة ممارساتها للسلطة التقديرية، ومزاياها المتعددة والمستنبطة من أساسها وخاصة مبرراتها، ننتهي إلى تبيان مدى وجوبية ممارسة هذا الإختصاص التقديري، وفرض نوع من أنواع الرقابة عليه، وهذا ما سيتم دراسته في **المطلب الثالث**.

المطلب الأول: المعايير المحددة لقيام السلطة التقديرية للإدارة

- كيف توجد السلطة التقديرية للإدارة -

إن المسألة المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة والتي تخص في وضع فيصل ومعيار لتحديد قيام الإختصاص التقديري والذي يمكن رجل الإدارة من إتخاذه كأساس يهتدي به إلى معرفة مدى سلطته في إصدار قرار ما كما يهتدي به أيضا القاضي الإداري في معرفة موطن الإختصاص التقديري والذي يراقبه بنظرة مختلفة عن ما إذا كان يراقب قرار إداري منبثق من إختصاص مقيد، وبالتالي يمكن أيضا إعتبار معايير التحديد معايير تمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد و نرد هذه المعايير إلى أسس ثلاثة:

"أولها" تحديد السلطة التقديرية عن طريق المعايير الفقهية، و **"ثانيها"** عن طريق علاقتها بالقانون و التشريع، و يضاف **"ثالثا"** عن طريق علاقتها بالقواعد الشرعية.

الفرع الأول: عن طريق المعايير الفقهية

صدرت أهم هذه المعايير عن إجتهاد الفقه مسترشدا بحلول القضاء الإداري وهي:

أولا: فكرة الحق الشخصي*

نظرية الحق الشخصي إرتبطت إرتباطا وثيقا بتطور التقييد ونمو أسباب الطعن بتجاوز السلطة، واستمرت هذه الفكرة حتى وضحت بأن المصلحة البسيطة كافية لقبول الطعن بالإلغاء، وهذا ما حمل **الفقيه جيراد - Girad -** على القول بأن السلطة التقديرية لا تختفي أمام الحقوق الشخصية فقط، بل أنها تختفي أيضا في إعمال كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة[1]، وتعتبر هذه الفكرة من أقدم الآراء التي قيل بها بأن الإدارة تتمتع بإختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقا شخصيا، ومن المتمسكين بهذا الرأي **الفقيه الألماني بهلر**[2]، وما يعيبها وينال منها كمعيار مقبول، صعوبة تحديد الحقوق الشخصية كما أن نشاط الإدارة لا بد أن يمس تلك الحقوق بطريقة مباشرة أو غير مباشر[3].

ثانيا: القرارات الكاشفة و المنشئة للحقوق

ذهب بهذا المعيار **الفقيه الألماني أوتوماير - Otto.mayer -** والذي حدد بواسطته السلطة التقديرية عن طريق التفرقة بين القرارات المنشئة **- CONSTITUTIFS -** و القرارات

---

* **لتفصيل أكثر:** حول شرح" فكرة الحق الشخصي" ، **أنظر إلى ما تقدم دراسته في فرع:** أساس السلطة التقديرية للإدارة.

[1] Lino . Diqual , op. cit. , P 192.

[2] سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات ، المرجع السابق ، ص 46.

أنظر أيضا: - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 98.

[3] عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 191.

أنظر أيضا: - حمد عمر حمد ، المرجع نفسه ، ص 98.

- سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه ، ص 38.

الكاشفة - **DECLARATIFS** - بمعنى أن القرارات الإدارية الكاشفة تصدر عن إختصاص مقيد، وأن القرارات الإدارية المنشئة تصدر عن إختصاص تقديري، وهذه الأخيرة تحدث أثار قانونية جديدة ومراكز قانونية لم تكن موجودة وقائمة من قبل، إذ أن السلطة التقديرية عند **ماير** هي سلطة تكملة القانون وتفسيره أما المقيدة فهي تطبيق حرفي للقانون[1]، ويعاب على هذا المعيار أنه استبدل مشكلة بمشكلة أخرى إذا يجب أن نعرف متى يكون القرار منشئا ومتى يكون كاشفا، كما أن الكثير من القرارات المنشئة تصدر عن إختصاص مقيد **مثل** منح ترخيص لشرط إستوفى كل الشروط[2].

ثالثا: حرية الإدارة في تحديد الفكرة

ذهب بعض الفقهاء الى أن السلطة التقديرية تنحصر في **"حرية الإدارة في تحديد فكرة"**، إذا ترك المشرع عمدا تحديدها للإدارة، وهذه الحرية تتضمن الإختيار بين عدة حلول كلها مشروعة بينما يتعين على الإدارة في مجال السلطة المقيدة أن تلتزم حلا معين إذا تعدته أصبح عملا غير مشروع، وقد اعتنق هذا الرأي **الفقيه - Bernatzik -** و**الفقيه اليوناني ستا سينو بولوص** وانتهى الفقيه اليوناني إلى تعداد الحالات التي توجد فيها السلطة التقديرية ولعلى أهمها عندما يستعمل القانون لفظ الإختيار مثل يمكن **- Peut -** أو يحق له **- à le Droit -** أو يقدر أو يقرر بمناسبة **- Décide sur L'opportunité -**، وعلى الرغم من دقة هذه الفكرة إلا أنها لا تقوم كثيرا كمعيار إذ على القاضي في كل حالة أن يبحث إذا ما كانت الإدارة ملزمة بحل واحد معين أو عدة حلول كلها مشروعة، كما أن الإدارة تحدد الأفكار الغير محددة من قبل المشرع تحت رقابة القضاء، فذلك مما يدخل في مجال التفسير الذي هو إختصاص القاضي[3].

رابعا: إستحالة الرقابة القضائية

أما أصحاب هذا المعيار فيذهبون الى أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا كان من المستحيل إخضاع الإدارة عند ممارسة هذه السلطة للرقابة القضائية، ولكن هذا الرأي منتقد بشدة لأن عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء بمناسبة ممارسة إختصاص ما، إنما هو نتيجة لكون هذا الإختصاص تقديريا وليس العكس، كما أنه يجب أن يحدد مقدما نوع الإختصاص لمعرفة ما إذا

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 124.
أنظر أيضا: - عمار عوابدي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص 105.
- سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في إستعمال السلطة ، الطبعة 3 ، 1978 ، ص 47.

[2] سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة 3 ، 1966 ، ص 38.
أنظر أيضا: - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، 98 – 99.

[3] سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة 6 ، 1991 ، ص 48.
أنظر أيضا: - محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 125 – 127.
- عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 61.

كان مقيدا، فتخضع الإدارة عندها للرقابة القضائية، أو تقديريا فتمارسه الإدارة محصنة من الرقابة القضائية[1].

ولقد إعتنق **الفقيه "ذويز"** هذا المذهب فالسلطة التقديرية عنده فكرة سلبية إذ يقول "إن فكرة السلطة التقديرية تتناقض مع فكرة المشروعية أي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في الحالات التي يتعذر فيها العمل والخضوع لمبدأ المشروعية"، وبالتالي لا وجود للرقابة القضائية[2]، و تابعه **الأستاذ "لودوفيسي"** إذ يذكر أن إختصاص الإدارة لا يكون مقيدا إلا بالقانون، إذ يقول "ينبغي لتعيين الحدود الحقيقية لحرية النشاط الإداري معرفة حدود الرقابة القضائية، فلا تبدأ السلطة التقديرية إلا حيث تقف الرقابة القضائية، ولهذا يقابل إتساع الرقابة القضائية ضيق السلطة التقديرية"[3]، وينتقد **"دي كال"** هذا المعيار لأنه يجعل من فكرة السلطة التقديرية متناقضة تماما مع مبدأ المشروعية وبأن القاضي لا يراقب إلا مجال المشروعية[4].

خامسا: تدرج القواعد القانونية

"سميت أيضا بمعيار مدى عمومية و تجريد القاعدة القانونية"، تقرر "المدرسة النمساوية" التي تنسب إلى الفقيه **"هانز كلسن" -Kelsen-** بأن فكرة تدرج القواعد القانونية هي ما يصلح معيارا للسلطة التقديرية، وأساسه أنه ليس ثمة مجال منفصل لكل من السلطتين التقديرية والمقيدة بل توجد السلطتين معا في كل عمل إداري، وأن التمييز بينهما هو مسألة نسبية و الفارق بينهما في الكم وليس في الكيف، بمعنى أن القاعدة العليا تقيد القاعدة الأدنى، ولكنها في نفس الوقت تترك لها مجالا تقديريا في إضافة عناصر جديدة وهي حرية ليست مطلقة بل مقيدة بالقاعدة العليا أي الأصل العام، فإختصاص الإدارة لا يكون تقديريا إلا فيما يضيفه إلى القاعدة التي خولت الإختصاص **- الأصل العام "العليا" -**[5].

ومن أهم ما أعاب هذا المعيار أنه يجعل من حرية السلطة التأسيسية وحرية المشرع في وضع القواعد القانونية من نوع سلطة الإدارة التقديرية، في حين أن الفارق بينهما ليس الحكم فقط و إنما هو فارق في الطبيعة والجوهر، كما أنه من اللازم أن نعرف جوانب التقييد في القرار الإداري على الرغم من وجود جوانب التقدير والتقييد معا في كل عمل إداري[6]، كما

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في إستعمال السلطة ، الطبعة 3 ، 1978 ، ص 48.
أنظر أيضا: - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 98.

(2) Duez et Debeyer , Traite de droit administratif , 1952 , P 209.
Voir aussi: - Waline . M , Entendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration , Conseil d'état , Etudes et documents , paris , 1956 , P 29.

(3) Lodovici , L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire , Thèse Lille , 1937 , P 160.

(4) Lino . Diqual , op. cit. , P 101 – 105.

(5) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 129.
أنظر أيضا: - سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة ، المرجع نفسه ، ص 50.

(6) سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات ، الطبعة 3 ، 1966 ، ص 40 – 41.
أنظر أيضا: - حمد عمر حمد ، المرجع نفسه ، ص 100.

أنها تؤدي إلى حتمية بسط الرقابة القضائية الكاملة والشاملة على السلطة التقديرية مما يؤدي إلى انعدامها.

الفرع الثاني: تحديد السلطة التقديرية عن طريق علاقتها بالقانون

توجد معايير لتحديد السلطة التقديرية للإدارة عن علاقتها أساسا بالتشريع، فقد حاول الفقهاء وضع معيار للسلطة التقديرية عن طريق علاقتها بالنصوص القانونية وهو ما أطلق عليه **"مدرسة التشرعيين"**[1]، وينقسم هذا الإتجاه الى نظريتين:

أولا: نظرية تحديد و إعلان الأسباب

وتسمى أيضا **بمعيار مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري،** في الحقيقة أن أصل فكرة هذه النظرية تنسب إلى **العميد بونار،** إذ توجد سلطة تقديرية حينما لا يعلن القانون عن السبب الذي يخول للإدارة مباشرة إختصاصها فإذا لم يعلن القانون عن الأسباب أو أعلن عنها بطريقة عامة وغير واضحة مثل عبارة المصلحة العامة، المنفعة العامة، النظام العام، فإن السلطة تبقى تقديرية، ويكون لرجل الإدارة حرية تقدير قيمة الأسباب وملاءمة القرار، و الرقابة القضائية هنا تفرض في مجرد التحقيق البسيط من الوجود المادي للواقعة دون بحث تكييفها أو تقدير قيمة السبب أي تقدير الواقعة إذا حدد القانون سبب القرار، فإن تقدير رجل الإدارة يتوقف، وهنا يكون الإختصاص مقيدا، وحينها بسط القضاء الإداري رقابته الشاملة أو الكاملة في تقدير الوقائع والملاءمة معا[2].

وقد حصر أنصار هذه النظرية رقابة مجلس الدولة في حدود القواعد القانونية، حفاظا منهم على السلطة التقديرية، فالقواعد القانونية والسلطة التقديرية في نظرهم فكرتان تستبعد إحداهما الاخرى، وهم يتناسون تطور قضاء مجلس الدولة في ضبط رقابته على حدود الملائمة، قائلين أن القاضي الذي يراقب الملائمة لا يكون قاضيا وإنما رئيسا سلمي أعلى لإدارة[3].

وعلى الرغم من أن هذه النظرية في تحديد السلطة التقديرية وتمييزها عن فكرة السلطة المقيدة معيار سليما إلى حد بعيد إلا أنه أهم ما يعاب عليها أنها اقتصرت معيار السلطة التقديرية على القانون والتنظيم بمعناه الضيق، رغم أن حقيقة معيار السلطة التقديرية تستمد وجودها من مصادر القانون الإداري كله أي القانون بمعناه الواسع[4]، كما تجاهلت دور القاضي الإداري صانع ومنشئ القانون الإداري عامة وفكرة السلطة التقديرية خاصة.

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 130.

[2] Bonnard (F) , op. cit. , P 363.

أنظر أيضا: - محي الدين القيسي ، المرجع السابق ، ص 162.

[3] محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 132.

[4] حاحة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 28 – 29.

ويعتبر **الفقيه مارسيل فالين** من المشايعين لهذه الفكرة لأنه إستعمل طريقة **بونار** غير أنه إعترف بسلطة القضاء في إضافة عناصر جديدة للنص والقواعد القانونية، ومن ثم فمذهبه يعتبر مذهبا متقدما وسط التشريعيين وذات الوقت مرحلة متوسطة بين "نظرية **بونار** والفقه الحديث" الذي يضيف إلى الروابط التشريعية دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية، وهذا ما سنشرحه في النظرية التالية:

ثانيا: نظرية تنازع القوانين

وهي الفكرة التي انتهى إليها **مارسيل فالين** في تحليله لخطوات القرار الإداري وقد إستعمل نفس طريقة **بونار** حتى أن بعض الشراح إعتبرهما مدرسة واحدة في هذا المجال[1]، ولكن في الحقيقة أن **معيار نظرية فالين** يمارس تحديدا أكثر دقة، إذ لم تنكر دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية، وهذا ما أسماه فالين **"التفسير الانشائي"**[2].

ووفقا **لنظرية فالين** فإن الإدارة قبل أن تتخذ قرارا يتعين عليها أن تقدر دورها الصحيح، ثم الموقف الواقعي وأخيرا الإجراءات التي يستلزمها الأمر وبمعنى أخر فالقرار الإداري في تسلسله الذهني لدى رجل الإدارة يمر بعدة مراحل، بداية بإدراك رجل الإدارة لدوره وتقييم إختصاصه بالنسبة للحالة التي يريد التعرض لها، ثم إدراك وتقسيم حقيقة الوقائع التي كونت لديه الحافز للتدخل، ثم تقدير ما تتطلبه هذه الوقائع من إتخاذ إجراءات أخيرا[3].

وعن الخطوة الاولى، لا يملك السلطة التقديرية ذلك لأنها مقصورة على المشرع فقط كما أنها يجب أن تتم على ضوء المصلحة العامة، وبالتالي فكل تقدير لهذا الدور يكون غير صحيح وواقعا تحت رقابة القاضي.

أما عن الخطوة الثانية فإن **فالين** يفرق بين الوقائع السابقة حيث يختفي التقدير وبين الوقائع المحتملة حيث تظهر السلطة التقديرية لصعوبة بسط رقابة على وقائع مستقبلية، أي سلطة الإدارة تكون مقيدة، أولا في التثبت من وجود وقائع معينة، وثانيا في التكييف القانوني للوقائع، إذ أن الوقائع التي يمكن أن تنتج بها الإدارة لإصدار قرارها لا يمكن أن تبرر هذا القرار إلا بعد تكييفها قانونا، وسلطة الإدارة تقديرية في تقدير درجة خطورة هذه الوقائع ،وأخيرا فإن تقدير الاجراءات التي يستلزمها الأمر **مثل:** إختيار لحظة التدخل و إختيار الاجراء فهي من الملائمات و لا تخضع للرقابة[4].

---

[1] Lino . Diqual , op. cit. , P 116.

[2] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 136.

[3] المرجع نفسه ، ص 136.

[4] المرجع نفسه ، ص 136 – 137.

أنظر أيضا: - نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 86.

و تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ مارسيل فالين أورد ملاحظتين و هما[1]:

1- و خاصة بلحظة التدخل فيقرر أنه في أحوال كثيرة يختفي هذا الإختيار.

2- وتتعلق بتقدير الإجراء إذ تتوارى حرية الإدارة حينما تواجه موقفا يمثل "تنازعا بين القوانين" أي إذا وجد تنازع بين القوانين التي تحفظ النظام العام والقوانين التي تحمي حقوق و حريات الناس والأفراد، بحسبه إذا أنضرت و مست المصلحة العامة، حل التنازع بين الحرية والقانون لحساب القانون المانع والعكس صحيح ولهذا سميت هذه النظرية "**بنظرية تنازع القوانين**"، وفي عموم المسائل المتعلقة بالحريات لا يكون الإجراء مشروعا إلا إذا استوفى شرط ضروريته والتي هي ملاءمته، وللقاضي الإداري أن يراقب ذلك.

ففي مقال **لفالين** سنة **1956** قرر أن المقابلة بين الملائمة والمشروعية مبالغ فيها ويجب القول أن القاضي يراقب المشروعية لا الملائمة، ولكن للقاضي أن يراقب المشروعية التي تلزمه برقابة الملاءمة في بعض الأحوال **وفالين** لا يحصر السلطة التقديرية في تقدير الملائمة بل أوجدها في مجال التكييف وذلك في حالة ما إذا لم يكن أمام رجل الإدارة إلا إجراء واحد حدده القانون[2].

كما تعرض **فالين** قائلا أن رجل الإدارة قبل أن يتخذ القرار الإداري **يتساءل:** هل القانون يملكه الحق ؟ هل يلتزم بإتخاذه ؟ فإذا كانت الإجابة بنعم **(الإيجاب)** على السؤال الأول و لا **(سلبية)** على الثاني، ثار **سؤال ثالث:** هل يحقق الصالح العام وراء اتخاذ القرار؟ وهذا في رأيه هو التقدير وملائمة القرار التي تتوازن مع قواعد المشروعية على وجه العموم، إذ أن السؤال الأول و الثاني في مسائل القانون، أما الثالث فمسالة إدارية بحثه من شأنها فقط و لا تخضع للقضاء[3].

على الرغم من أن **نظرية فالين** إنتقدت إلا أنها وفقت نوعا ما في تحديد معيار للسلطة التقديرية على الرغم من إعترافها بسلطة واسعة للقاضي الإداري في بسط رقابته على عناصر القرار الإداري بجمعها. فالنظرية ألقت ضوءا مفيدا على دور القاضي الإداري جعلها تقدمية في مجال أنصار التشريعيين وتمهيدا لنظرية القضائيين[4].

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 137. **نقلا عن:** - مقال لمارسيل فالين ، سلطات الإدارة التقديرية و حدود الرقابة القضائية ، مجلة القانون ، 1930 ، ص 197.

[2] المرجع نفسه ، ص 137.

[3] Waline (M) , Précis de droit administratif , 1969 , P 327.
Voir aussi: - Waline (M) , Etendue et limites du contrôle du juge administrative sur les actes de l'administration , op. cit. , P 25.

[4] عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 98.

الفرع الثالث: عن طريق علاقتها بالقواعد الشرعية

رأينا في نظرية تنازع القوانين **لفالين** أنه لم يتجاهل دور القضاء وهو بصدد تحديد معيار السلطة التقديرية، وهو بذلك يعتبر مهدا للنظريات القضائية والتي تضيف إلى التشريع، القواعد التي سنها القضاء الإداري والتي من شأنها تقييد الإدارة فيتبين لنا موطن السلطة التقديرية و بالتالي الإنتهاء إلى إيجاد معيار لتحديد هذه السلطة.

وهذه الفكرة جاءت أو صدرت عن عدم إمكان قصر التحديد القانوني على القواعد التشريعية فقط، بل إن قواعد المشروعية جميعها أيا كان مصدرها تساهم في تعيين حدود العمل الاداري، وهو ما قصد به بعبارة **"القواعد التشريعية"**[1]، وسارع إلى صياغة هذه الفكرة عدد كبير من أقطاب القانون الإداري في فرنسا منهم **"أيزنمان" و "دي لوبادير" و "فيدل"**، كما كان للفقه الإداري المصري العربي والقضاء الإداري دور جليل في إيضاح دور القضاء في نمو القواعد القانونية رغم حداثتها.

أولا: نظرية "أيزنمان"*

يبدأ **أيزنمان** بنقد **فكرتين:** أحداهما تحديد الإختصاص المقيد بالإحالة للقانون، وثانيتها تحديده عن طريق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فالفكرة الأولى تتناسى دور القضاء الإداري في نمو وتطور القانون الإداري أما الثانية فتحيل إلى الرقابة القضائية تحديد الإختصاص المقيد وهو أمر غير صحيح إذ أن رقابة صحة القرار **-Régularité-** ليست إلا إشارة وأثرا لقيام تنظيم، وهي ليست إلا عملية فنية ضرورية، وعليه فالرقابة القضائية إذن هي سبب ونتيجة إختفاء السلطة التقديرية وقيام الإختصاص المقيد، ومن هنا فلا يمكن أن تحدد فكرة بواسطة نتيجتها[2].

وعليه **فمعيار أيزنمان** في تحديد السلطة التقديرية يتجلى في فكرة يجب الإعتراف بأن الإدارة لا تملك كل السلطات التقديرية المخولة من التشريع، فبعد الدراسة الدقيقة للحقائق القضائية نجد أنه كثيرا ما يحدد القضاء سلطة تقديرية خولها التشريع، فسلطة القاضي تدخل بين التشريع والإدارة، فتضم إلى التشريع تكملة أو تنقصه على سواء، أما خارج القانون فإن سلطة القاضي تتحرر تماما[3].

---

(1) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 141. **نقلا عن: - أيزنمان** ، دروس القانون ، لعام 1949 – 1950 ، ص 119 و ما بعدها.

* و إلى هنا يشبه" أيزنمان" "فالين" حيث قال **فالين** في مقاله "سلطات الإدارة التقديرية و حدود الرقابة القضائية" ، مجلة القانون ، لسنة 1930 المشار إليها سابقا ، ص 209. ليس لأن القاضي يراقب الإدارة فقدت سلطتها التقديرية و لكن لأن القانون رفع عنها هذه السلطة فإن القاضي يتدخل ، لكن **"أيزمان"** يعود و يختلف مع **"فالين"** لأنه يعارض فكرة الربط بالتشريع.

(2) المرجع نفسه ، ص 142.

(3) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 9.

فنظرية **أيزنمان** تخلص إلى أن التشريع والقواعد القضائية يكونان معا التنظيم القانوني الذي يحدد سواءا السلطة التقديرية أو الإختصاص المقيد، ويستعمل **أيزنمان** عبارة **-Règlementation juridique-** التنظيم القانوني بدلا من **-Légal-** تأكيدا لضرورة الجمع بين القواعد التشريعية و القواعد القضائية[1].

ثانيا: فكرة "دي لوبادير"[2]

وفقا لفكرة **دي لوبادير** إلى جانب الإختصاص المقيد بواسطة القانون يوجد إختصاص مقيد بالقاضي نفسه، و هو يضيف إلى **معيار بونار** إذ يكون الإختصاص مقيد في حالتين**:**

1- حينما يحدد القانون أو التنظيم السبب الذي يجب أن يقوم عليه القرار **"معيار بونار".**

2- كلما كان العمل الإداري مقيدا للحريات العامة ففي هذه الحالة وحتى مع تخلف التحديد القانوني فإن القاضي يتدخل ويحدده بمنطقه مستلهما نية المشرع.

وعليه فدائرة المشروعية أوسع من فكرة القانون وكان القاضي هو الذي يحدد نطاق التقييد والتقدير.

بالإضافة إلى أن **دي لو بادير** يرى أن السلطة التقديرية والمقيدة لا تتعلقان بأي عنصر من عناصر القرار الإداري بل بعنصر المحل فقط وبصورة أكثر تحديدا بالموافقة أو التطابق بين محل القرار و أسبابه، وكأن القانون يخاطب الإدارة في حال الإختصاص المقيد **فيقول:** لا يمكنكم إتخاذ القرار إلا لهذا السبب أو ذاك وفي حالة السلطة التقديرية **يقول:** يمكنكم إتخاذ هذا القرار و ذاك و أنتم وحدكم المختصون بتقدير ملائمته[3].

ثالثا: رأي "فيدل"

فقد إنتقد فيدل المقابلة بين المشروعية و الملائمة إذ أن الفكرتين تتكاملان و لا تتعارضان[4]، ثم أوضح أن نشأة القانون الإداري بواسطة القاضي الإداري أزاحت الجدار الفاصل بين المشروعية و الملائمة و بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية، مع إنشاء القواعد القانونية فإن القاضي الإداري يزيد من نطاق الإختصاص المقيد على حساب السلطة التقديرية وهذا عن طريق آليتين فنيتين هما**:**

1- إستدعاء المبادئ القانونية العامة.

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 143.

[2] المرجع نفسه ، ص 145.

لتفصيل أكثر أنظر: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 99 و ما بعدها.

[3] André . De Laubadére , Traite de droit administratif , Tome 1 , 14éme édition , L.G.D.J , 1996 , P 103.

[4] Vedel (G) , Essai sur la notion de cause en droit administratif française , Thèse Toulouse , Siry 1934 , P 94.

2- إستلهام روح التشريع.

ثم ينتهي **فيدل** إلى أن الجدل بين أنصار الرقابة وعدمها خارجة عن الموضوع فأنصارها يتمسكون بأن القاضي الإداري قاضي مشروعية لا ملائمة وهم ليسوا على صواب كمعارضيهم، فسلطة القاضي الإداري الواسعة في إنشاء القاعدة القانونية تخول له أن يدمج في المشروعية عناصر من صميم الملائمة(1)، إذ في رأيه أن مجلس الدولة الفرنسي وهو يباشر إختصاصه في تفسير النصوص التشريعية والتنظيمية، فإنه قد يصنف بعض الأوصاف التي تظهر كما لو كانت مفيدة، وهو يؤيد هذا القضاء على أساس عدم إلتزامه الحرفي في التفسير، وعلى أساس أن السلطة التقديرية يحددها المشرع والقاضي أيضا(2).

رابعا: الفقه العربي

لاشك أن الفقه والقضاء الإداري العربيين قد لاحقا بنجاح التطور السريع للقانوني الإداري في فرنسا، والدليل أن هذه النظريات السابقة وأفكار هذا القانون ظهرت سريعا سواءا في المؤلفات المصرية أو أحكام مجلس الدولة المصري، ويعني بذلك أهمية ودور القضاء الإداري في نمو القانون الإداري وإتباع الحلول والنظريات في مجال التصرفات القانونية للإدارة و غيرها من الأعمال(3).

ويذكر **الأستاذ العميد الدكتور الطماوي** في هذا الصدد أن دور القاضي في القانون الإداري شبيه بدور **البريتور** في القانون الروماني فكلاهما لم يكن مشرعا ولكن تحت ستار التفسير أولا والحاجة العملية ثانيا، إستطاع أن يدخل إلى عالم القانون قواعد جديدة من وضع يده و يرى أن القاضي الإداري يستطيع الإلتجاء إلى قواعد القانون الخاص بإعتبارها مبادئ عادلة تمليها طبيعة الأمور(4).

كما أن الأحكام المصرية أشارت في أحد أحكامها الصادرة بتاريخ **2- جوان - 1973** في الدعوى **رقم: 1265** إلى "أن القضاء الإداري إنما هو قضاء إنشائي يقوم على إبتداع الحلول المناسبة و ليس مجرد قضاء تطبيقي يقوم على تطبيق نصوص معينة سلفا".

وعليه فالفقه والقضاء العربي كانا من المؤيدين لنظرية القضائيين في تحديد معيار لقيام السلطة التقديرية.

وعلى ما تقدم من النظريات وأفكار وأراء للفقهاء، فللقضاء الإداري دوره إلى جانب التشريع في تحديد معيار للسلطة التقديرية وتعيين المجال المحجوز والمخصص لحرية الإدارة وإختيارها.

(1) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 147.

(2) المرجع نفسه ، ص 147.

(3) المرجع نفسه ، ص 148 – 149.

(4) المرجع نفسه ، ص 149. **نقلا عن:** - مؤلفات **"الطماوي"**.

المطلب الثاني: عيب الإنحراف بالسلطة و السلطة التقديرية للإدارة

يقع القرار الإداري مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة متى تجاهل وخالف مصدره المصلحة العامة في إصداره لهذا القرار بقصد تحقيق مصالح ذاتية غير التي قررها القانون، كما يكون أيضا مشوبا بالإنحراف بالسلطة متى حاد مصدره عن الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار.

ولهذا إستقر الفقه والقضاء على إعتبار السلطة التقديرية الخولة للإدارة هي الموطن الأساسي لعيب الإنحراف بالسلطة، وهذا لإمكانية الإدارة من إصدار قرارات إدارية مستندة في إصدارها لما تتمتع به من سلطة تقديرية من أجل تحقيق هدف أو غاية غير التي يقصد بها المصلحة العامة أو الذي خصصها المشرع لإصدار هذه القرارات، أي أن العمل الذي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في ممارسته هو الذي يمكن أن يظهر فيه عيب الإنحراف بالسلطة نتيجة قيام رجل الإدارة بالإنحراف السلطة التقديرية التي منحها له المشرع لكي يحققا بها هدفا معينا فيلجأ إلى تحقيق هدف آخر.

ولتوضيح ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا المجال فسوف نتعرض إلى ماهية عيب الانحراف بالسلطة، ومن ثم إلى كيفية و سبب إقترانه بالسلطة التقديرية للإدارة دون المقيدة.

الفرع الأول: ما هية عيب الإنحراف بالسلطة

تعددت تعريفات الفقهاء والشراح **"لعيب الإنحراف بالسلطة"**، ويعتبر **الفقيه أكوك "Aucoc "** أول من إستعمل تعبير الإنحراف بالسلطة في فرنسا وقال أنه "يوجد عيب الإنحراف بالسلطة حينما يستعمل رجل الإدارة سلطاته التقديرية مع مراعاة الشكل الذي فرضه القانون، ومع إتخاذه قرار يدخل في إختصاصه ولكن لتحقيق أغراض وحالات أخرى، غير التي من أجلها منح هذه السلطة"[1].

أما **الدكتور عمار عوابدي** فعرفه "يتحقق عيب الانحراف في إستعمال السلطة عندما تستعمل السلطات الإدارية المختصة إمتيازات ومظاهر السلطة العامة لتحقيق أهداف غير تلك الأهداف التي منحت من أجلها الإختصاص ومظاهر وإمتيازات السلطة العامة"[2].

وعرفه **الدكتور أحمد محيو** بأنه "يكون هناك إنحراف بالسلطة عندما تستعمل هيئة إدارية سلطتها لفرض مغاير لذلك الذي منحت من أجله السلطة"[3].

أما **الأستاذ العميد سليمان الطماوي** فيعرفه بأنه "أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به"[4].

ويمكن أن **نقول من خلال التعريفات السابقة** أن عيب الانحراف بالسلطة هو "إصدار رجل الإدارة لقرار إداري يدخل في إيطار طبيعة إختصاصه المخول له قانونا و بإتباع الإجراءات المحددة قانونا لتحقيق أغراض غير التي حددها القانون حتى ولو كانت مشروعة".

وهكذا فإن الإدارة ترتكب عيب الإنحراف بالسلطة عندما تستعمل سلطتها لتحقيق غرض يتنافى مع المصلحة العامة أو لتحقيق أغراض غير تلك التي يحددها القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا العيب تعددت تسميته أيضا، **فالإتجاه الأول** أطلق عليه مصطلح **"إساءة استعمال السلطة"** حيث ذهب هذا الإتجاه إلى عقد مقارنة بين اصطلاحي **- إساءة إستعمال السلطة- و -الإنحراف في إستعمال السلطة-**، بحيث انتهى إلى إتساع الإصطلاح الأول بصورة تدخل المصطلح الثاني في نطاقه إستنادا إلى أن من يستعمل السلطة المخولة له قانونا لتحقيق غاية غير قانونية إنما يسيء إستعمالها، أما **الإتجاه الثاني** إستعمل مصطلح **"الانحراف بالسلطة"** إذ إعتبره أكثر دقة وشمولا بالقياس مع مصطلح إساءة إستعمال السلطة والذي لا ينطوي سوى على حالة سوء نية رجل الإدارة، في حين الإصطلاح الأول يشتمل على تلك الحالة كما لو إنحرف مصدر القرار عن المصلحة العامة إضافة إلى حسن نيته كما

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، نظري التعسف بالإنحراف بالسلطة ، المرجع السابق ، ص 68.
[2] عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 532.
[3] أحمد محيو ، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق – خالد بيوض ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 191.
[4] سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، المرجع السابق ، ص 839.

لو إنحرف عن "قاعدة تخصيص الأهداف"، و **إتجاه ثالث** فضل الجمع ما بين الإصطلاحين حين أسماه **"إساءة استعمال السلطة و الانحراف بها"** و هذا لما يضفي على هذا العيب شمولا لجميع أوجه حياد الإدارة عن غاية إصدار القرار، أما **الاتجاه الرابع** و الأخير فقد رأى إستخدام إصطلاح **"عيب الغاية"** تفاديا للإنتقادات الموجهة للإتجاهات السابقة و إستنادا إلى الإرتباط الوثيق بين الإنحراف بالسلطة و ركن الغاية في القرار الإداري[1].

وبما أن الإنحراف بالسلطة هو العيب الذي يصيب الغاية التي استهدفها القرار الإداري، والغاية من القرار الداري هي المصلحة العامة والهدف المخصص إن وجد، فصور هذا العيب تتجلى في الأتي[2]:

أولا: الإنحراف عن المصلحة العامة

تحقيق المصلحة العامة هو هدف عام ينبغي أن تبتغيه القرارات الإدارية على اختلاف صورها، والإنحراف عنها تؤدي إلى قابلية إلغاء القرار، إذ يكون مشوبا بعيب **"إساءة إستعمال السلطة و الإنحراف بها عن غايتها"** ويتعين إبطاله وتتضح هذه الصور في:

1- إستعمال السلطة لتحقيق غرض شخصي.

2- إستخدام السلطة بقصد الإنتقام.

3- إستعمال السلطة لأغراض سياسية.

ثانيا: الإنحراف أو مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

لبعض القرارات الإدارية هدفين أحدهما عام دائم وهو تحقيق المصلحة العامة والأخر مخصص بتحديد القانون أو مستفاد في طبيعة الاختصاص، وحتى يكون القرار الإداري مبرءا من عيب الإنحراف بالسلطة، سليما في غايته فإنه يتعين إحترامه لهدفيه العام والخاص، و دون الخروج إلى أهداف أخرى حتى لو كانت تصب في المصلحة العامة، أما إذا صدر القرار الإداري مخالفا لمضمون هذه القاعدة شابه عيب إساءة إستعمال السلطة والإنحراف بها، و تتجلى هذه الحالة في العديد من الصور منها:

1- الإنحراف بسلطة الضبط الإداري لتحقيق أغراض مالية: إذا لا يجوز إستعمال سلطة الضبط التي منحت للإدارة، إلا من أجل المحافظة على النظام العام في أهدافه الثلاثة.

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإنحراف بالسلطة كسبب للإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 19 و ما بعدها

(2) عمري بوفليجة ، قضاء الإلغاء في الجزائر - دراسة مقارنة - ، المكتبة المصرية للنشر و التوزيع ، 2010 ، ص 134 و ما بعدها.
أنظر أيضا: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للقرارات الإدارية في الفقه و القضاء ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2008 ، ص 165 و ما بعدها.

2- الإنحراف في إستعمال سلطة نقل الموظفين: لا يجوز إستعمال السلطة التي منحها القانون لنقل الموظفين نقلا نوعيا ومكانيا تحقيقا لمصلحة العمل **-L'intérêt de service-** كصلاحية في توقيع العقاب.

3- الإنحراف بالإجراءات: إذ لا يجوز إستعمال إجراءات ما في غير مجالها المحدد قانونا فالمشرع عندما قرر بعض الإجراءات الإدارية بصدد قرارات إدارية معينة، فإنه يهدف من هذا الإجراء غرضا معينا، وقد ذهب البعض إلى اعتبار الإنحراف بالإجراءات صورة ثالثة متميزة * من صور الإنحراف بالسلطة.

و بالتالي من شروط تحقق عيب إساءة إستعمال السلطة و الإنحراف بها[1]:

1- وجود عنصر مادي: وذلك في ثبوت إستهداف غاية على خلاف المصلحة العامة أو لغاية مغايرة للغاية التي حددها المشرع "قاعدة تخصيص الأهداف".

2- وجود عنصر معنوي: أي توافر نية الإنحراف بالسلطة لدى مصدر القرار الإداري لأن هذا العيب عمديا و لا يأتي عفويا.

أما فيما يخص عبئ إثبات عيب الإنحراف في إستعمال السلطة:

فمن المستقر عليه فقها وقضاءا أن مدعى إنحراف الإدارة بسلطتها فيما أصدرته من قرارات يقع عليه وحده عبء إثبات دعواه، **إعمالا للقاعدة الأصولية في الإثبات** المتمثلة في **"أن على المدعي إثبات صدق ما يدعيه"**، و إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعى مبرره، **قرينة** الصحة المفترض توافرها في جميع قرارات الإدارة، والتي بموجبها يكون كل ما يصدر عن الإدارة من قرارات صحيحا ومشروعا ومطابق للقانون من حيث عناصره كلها[2].

من خلال ما سبق يتوضح لنا أن عيب الإنحراف بالسلطة **متعلق** بركن الغاية في القرار الإداري، وعليه إتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن عيب الإنحراف بالسلطة كوجه من أوجه إلغاء القرارات الإدارية لا يظهر في حالة الإختصاص المقيد للإدارة، فالعمل الإداري الصادر بناءا على سلطة الإدارة المقيدة من حيث الشكل و الإجراءات و الاختصاص و الشروط القانونية الموضوعية المتصلة بعنصري المحل و السبب لا يمكن أن يكون غير مشروع، لأنه مادامت الإدارة ملزمة بإصدار القرار على نحو معين، فلا يهم لأي باعث أو

---

* **أنظر في هذا التقسيم كصورة ثالثة: -** فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية و التطبيق ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 395.

(1) محمود الجبوري ، المرجع السابق ، ص 109.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 172.

لتفصيل أكثر أنظر: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 411 و ما بعدها.

- مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق ، ص 73 و ما بعدها.

هدف أصدرته، ففي هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس بأن أهداف القرار سليمة مادامت الإدارة قد إلتزمت بالقانون وتنفيذه[1].

ومفاد ما تقدم أنه يوجد تلازم بين عيب الغاية وبين السلطة التقديرية للإدارة، حيث منحت الإدارة السلطة التقديرية لتحقيق الصالح العام أو بلوغ ما حدده المشرع، فإذا انحرفت الإدارة بقرارها عن تحقيق أي منهما، وقع قرارها مشوب بعيب إساءة إستعمال السلطة و الإنحراف بها وبالتالي فالسلطة التقديرية للإدارة تعتبر المجال الطبيعي أو الحقيقي والوحيد لظهور عيب إساءة إستعمال السلطة و الإنحراف بها والميدان الأصيل والخصب لوجود وتطبيق هذا العيب، وهذا ما سنحاول توضيحه بشكل مفصل في **الفرع الثاني من هذا المطلب**.

الفرع الثاني: إقتران عيب "الإنحراف بالسلطة" بالسلطة التقديرية للإدارة

يثور **"عيب الإنحراف بالسلطة"** في الحالات التي ترك المشرع للإدارة الحرية في أن تتدخل أم لا في إصدار قرار في موضوع معين وفي تقدير وقت التدخل وفي تقدير الوقائع، و ما يناسبها من وسائل مشروعة، ومع ذلك فإن حرية الإدارة في إستخدام سلطتها التقديرية مقيدة بضرورة تحقيق المصلحة العامة، أو الهدف الذي حدده القانون للقرار[2].

أما إذا كانت سلطة الإدارة محددة واختصاصها مقيد فإن عيب الإنحراف بالسلطة لا يثور، بل لا يمكن تصوره أصلا ومرجع ذلك إلى أنه عيب في الإختيار حسنت أو ساءت فيه نية رجل الإدارة، كما أن ركن الغاية فيها يفترض فيه المشروعية، وإضافة كونه إختصاص محدد بنصوص القانون الصريحة سواءا من حيث الإختصاص أو الشكل أو الإجراءات أو المحل أو السبب، ومخالفة القرار لتلك النصوص يجعل منه قرارا معيبا بعدم الإختصاص أو مخالفة الشكل أو مشوبا بعيب مخالفة القانون على حسب الأحوال وليس في غايته أبدا، والتي تجعل منه وحدها قرارا مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة[3].

إذا فالغاية هي العنصر الوحيد في عناصر القرار الإداري، عند مخالفتها بجمع أنواع صورها العامة والخاصة يشاب القرار بعيب الإنحراف بالسلطة، وهذا رغم العلاقة الوثيقة الصلة بين عنصر الغاية و عنصر السبب خاصة من الناحية العملية، والتي أدت **بالفقيه جيز** إلى حد إعتبارهما عنصرا واحدا سماه **"الأسباب الدافعة"**، وكما رأينا سابقا فهذا العيب من العيوب الملازمة للسلطة التقديرية للإدارة، ويمكن ملاحظة ذلك حتى في تعريف **الفقيه أكوك**

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 314 – 315.
أنظر أيضا: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 499.
[2] نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 312.
[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، المرجع السابق ، ص 191.
أنظر أيضا: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات و العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة) ، المرجع السابق ، ص 181 – 182.

وتعريف **الطماوي** لما عرفا عيب الإنحراف مستعملين عبارة **"حين يستعمل رجل الإدارة السلطة التقديرية"**.

وبالرغم من العلاقة الوثيقة بين عيب الإنحراف بالسلطة و السلطة التقديرية للإدارة، غير أن جانب أخر من الفقه ذهب إلى أنه و إن كانت فرصة الإنحراف بالسلطة أمام مصدر القرار تزداد في مجال السلطة التقديرية كما أنها الوطن الأساسي له لكنها ليست الوطن الوحيد لذلك، كما أنه لا يمنع من إمكانية وجود هذا العيب في مجال الاختصاص المقيد، فكل ما في الأمر أن العيب في هذا المجال عادة ما يكون مقترنا إما بعيب المحل و إما بعيب السبب، و إن كان هذا لا يمنع من تصور وجود عيب الإنحراف بالسلطة منفردا في مجال الاختصاص المقيد، فمثلا عندما يؤخر رجل الإدارة إصدار القرار ليضر بمن تعلقت مصلحته بهذا القرار، كما أن رجال فقه القانون رأوا بأن عيب الإنحراف في استعمال السلطة في حالة الاختصاص المقيد والسلطة المقيدة يختلط بعيوب أخرى مثل عيب مخالفة القانون و الإجراءات و عيب إنعدام السبب و عيب عدم الإختصاص[1].

وهذا الإختلاف حسب **الأستاذ سامي جمال الدين*** هو ندرة تطبيق عيب الإنحراف كونه **عيبا إحتياطيا** وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري إذ لا يجوز للقاضي اللجوء إليه لإلغاء القرار الإداري، إلا إذا لم يكن بوسعه إلغاء هذا القرار إستنادا لأي من أوجه الطعن الأخرى فإذا أمكن للقاضي إلغاءه من خلال أي منها فلا يجوز له التطرق لبحث عيب الإنحراف بالسلطة[2]، كما أنه عيب صعب الإثبات والتحقق منه لإرتباطه بنية مصدر القرار وبواعثه الكامنة والنفسية بعكس العيوب الأخرى والتي ترتبط بأمر مادي أو موضوعي قابل للتحقق منه بسهولة[3].

وهذا ما جعل من السلطة التقديرية المجال الخصب لإلتجاء القضاء إلى عيب الغاية و ربطها بعيب الإنحراف بالسلطة.

وبالرغم من عدم نفي هذا الجانب من الفقه، كون عيب الإنحراف بالسلطة أنه ملازم للسلطة التقديرية وموطنه الأساسي، إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن العيوب التي تثار في حالة إصدار الإدارة لقرار بمناسبة ممارسة الاختصاص المقيد، هي عيوب مخالفة الشكل و عدم الإختصاص ومخالفة القانون، ولا مجال لبحث عيب الإنحراف بالسلطة في نطاقها، لما يفرض من إفتراض غير قابل لإثبات العكس، من سلامة غاية وهدف القرار ما دام قد صدر

---

[1] ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1991 ، ص 407.
أنظر أيضا: - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 535 – 536.
- عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 499.

* **أنظر في هذا الرأي:** - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 316 و ما بعدها.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، المرجع السابق ، ص 59.

[3] عمر محمد الشوبكي ، المرجع السابق ، ص 354 – 355.

منفذا للقانون تنفيذ سليما، إضافة لعدم أهمية الباعث الذي أدى إلى إصدار القرار والذي يكون مشروعا طالما احترم حدود السلطة المقيدة أيا كان دافع إصداره[1].

ونلاحظ مما سبق من خلال مناقشة فكرة ملازمة عيب الإنحراف بالسلطة سلطة الإدارة التقديرية وكأننا بصدد طرح **"خصائص عيب إساءة إستعمال السلطة و الإنحراف بها"**، إذا من المتفق عليها فقها على أنها كالتالي:

1- إقتران عيب الإنحراف بالسلطة بسلطة الإدارة التقديرية و إرتباطه بركن الغاية في القرار الإداري.

2- الصفة الإحتياطية و القصدية لعيب الإنحراف بالسلطة.

وما ينقص إلا خاصيتي عدم تغطية الظروف الإستثنائية لعيب الانحراف بالسلطة، و عدم تعلقه بالنظام العام[2].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 87.

[2] **لتفصيل أكثر أنظر:** - المرجع نفسه ، ص 55 و ما بعدها.

المطلب الثالث: مدى وجوبية ممارسة الإختصاص التقديري و فرض الرقابة عليه

إذا كانت السلطات الإدارية قد تكون حرة في تقدير مناسبة القرار وملاءمته، فإن هذه الحرية في التقدير تعتبر بمثابة إلتزام غايته تحقيق الإدارة الحسنة، بإستعمال خبرتها وإمكانيتها في إيجاد الحل الأمثل وهذا من جهة، كما وجب على الإدارة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف لبلوغ هذه الغاية، ولما كان هذا هو واقع السلطة التقديرية كان من اللازم فرض عليها نوع من أنواع الرقابة وهذا ما سوف نبرره في الفرع الثاني بعد أن نتطرق في الفرع الأول إلى إلتزام وكيفية مباشرة السلطة التقديرية.

الفرع الأول: إلتزام و كيفية مباشرة السلطة التقديرية

أولا: إلتزام ممارسة الإختصاص التقديري

مباشرة السلطة التقديرية ليست رخصة بل هي إلتزام على عاتق الإدارة غايته تحقيق الإدارة الحسنة بإستعمال خبرة الإدارة وإمكانياتها لإيجاد الحل الأمثل وعدم تنفيذ هذا الإلتزام يمثل مخالفة القانون ويصادر ضمانات الأفراد[1].

ومعنى ذلك أن السلطة التقديرية ليست إمتيازا للإدارة، بل هي واجب يحمل في ثناياه الخير العام.

ومما لا شك فيه أن واجبات السلطة التنفيذية أنها تتزايد بإستمرار، فلم يعد دورها مقصور على تحقيق النظام العام، بل إمتد إلى مجالات أخرى إقتصادية، إجتماعية وثقافية وغيرها من المجالات، وهو أمر يؤدي بالضرورة إلى تدخل الإدارة لمسايرة مواقف التطورات المفاجئة، و التي لا تستطيع معها التريث و لا تقبل الإنتظار حتى يصدر تشريع لمعالجتها وإيجاد الحل و هذا ما لا تستطيع الإدارة بلوغه إلا بممارسة إختصاصها التقديري.

كما أن السلطة التقديرية ضرورية للسلطة التنفيذية لأداء مهامها، فالإدارة مخولة من قبل أعلي النصوص القانونية في الدولة وهو الدستور في تنفيذ القوانين، وبالتالي متى تبت هذا للإدارة فلم يعد بعد ذلك حقا، بل إنه إلتزام من جانبها وجب تنفيذه على ضوء الغاية وفي الشكل المحددين وفكرة تنفيذ القوانين تحمل الإدارة مهام كثيرة إذ يجب عليها نشرها و إستمرار التنبيه بأحكامها، كما أنها تكمل القانون بإصدار التنظيمات التنفيذية والتي تحدد مفاهيم نصوصه، وهذا مبرر منح القانون بحد ذاته إمكانية التنفيذ الجبري والمباشر لقراراتها و إستخدام القوة في تنفيذها.

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 271. من أقوال **"ميشو"** " **Michoud (L)"** : مشار إليه في ستاسينوبولوص ، ص 195. « **Stassinopoulos . (M.D) , Traité des actes administratifs Athénes , 1954.** »

وعليه فممارسة الإختصاص التقديري يعد إلتزام مفروض على الإدارة بقوة القانون وهذا لتحقيق ما رأيناه سابقا في أساسها ومبرراتها، وترك هذا الإلتزام يعد مخالفة للقانون، ويعبر **"فنيزيا"** عن التجاوز هنا بأنه "ترك السلطة التقديرية" **-La renonciation-** بينما يستعمل **"ستاسينوبولوص"** "الإمتناع عن مباشرة السلطة التقديرية" **-Labsiention-**[(1)]

والإدارة في مخالفتها لهذا الإلتزام ترتكب خطأ في تحديد مدى السلطة الممنوحة لها من القانون مما قد يؤثر على مضمون القرار الصادر منها.

و ترك مباشرة السلطة التقديرية قد يكون إراديا أو غير إرادي[(2)]:

1- الترك الإرادي و نميز فيه بين حالتين:

أ- قد يكون ترك إستعمال السلطة التقديرية بسيطا، دون أن تعلن الإدارة عن تقييد سلطتها التقديرية بنفسها **-التقييد الذاتي-** كما لو تركت حريتها في الترقية بالإختيار، وفي هذه الحالة لا رقابة على تصرف الإدارة هنا*.

ب- كما قد يكون ترك الإدارة لسلطتها التقديرية، وتقرر بأنها ستكون مقيدة على إثر رأي إستشاري، وهذا الموقف يعتبر بمثابة تنازل من الإدارة عن حريتها في التقدير يترتب عليه وجوب إحترام الرأي الصادر عن جهة الفتوى، وبالتالي ففي هذه الحالة يخضع أمرها إلى رقابة القضاء*، ويجب التمييز هنا ما إذا كان الرأي ملزما للإدارة بنص القانون كرأي مجلس الدولة في المنازعات القائمة بين الجهات الإدارية، أما إذا لجأت الإدارة إلى أخذ الرأي دون أن يكون ملزما ودون أن تعلن مقدما عن إلتزامها بمضمونه، فلا تتقيد به*.

2- الترك الغير إرادي

وتقوم هذه الحالة إذا كانت الإدارة تجهل أو لا تعرف معرفة تامة أن سلطتها تقديرية، و يحدث ذلك عندما تظن خطأ أنها مقيدة بقواعد قانونية أو تنظيمية أو أوامر رئاسية، ومن هنا فإذا امتنعت الإدارة عن مباشرة سلطتها التقديرية بناءا على هذا الظن فقرارها يشوبه البطلان، حتى ولو كان صحيحا في موضوعه ومطابقا للقانون، لأن الإدارة قد تعبر عن إرادتها بشكل آخر ولو كانت تعلم حريتها في التقدير، وعكس هذا الفرض إذا ضنت بأن لها سلطة تقديرية في حين الحقيقة أن إختصاصها مقيد، هنا لا يمكن التحدث عن عيوب السلطة التقديرية، لأن القرار أصلا غير مشروع لمخالفة القانون وقواعد الاختصاص المقيد*.

---

(1) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 272.

(2) * * * المرجع نفسه ، ص 272 و ما بعدها.

ثانيا: كيفية ممارسة الإختصاص التقديري

إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملائمته على ضوء السلطة التقديرية المخولة لها قانونيا، فإنها ملتزمة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير، وأن تجريه بروح موضوعية وبعيدا عن البواعث الشخصية، ويشترط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، وهذا الإلتزام قانوني، لا مجرد ضابط من ضوابط الأخلاق أو الفن الإداري(1)، وهذا ما أستقر عليه و فرضه مجلس القضاء الإداري في فرنسا و في مصر رغبة منه في التوفيق بين المحافظة على الحريات العامة ومقتضيات حسن الادارة.

و كما يقول **الطماوي** أيضا "تكون رقابة القضاء الإداري منصرفة إلى الكيفية التي تم بها التقدير و لا إلى التقدير بذاته"، وبمعنى أخر يتعين عدم الخلط بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة في ذاته وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير، فالأمر الأول هو من حرية الإدارة في حدود عدم التعسف، أما الأمر الثاني فهو شرط شكلي على كيفية إجراء و ممارسة الإختصاص التقديري، لأن من البديهيات أن التقدير لا يمكن ممارسته إلا إذا توافرت الظروف والضوابط القانونية المعقولة لإجرائه وليس في ذلك مساس بالسلطة التقديرية للإدارة في ذاتها(2).

وعليه نخلص إلى إمكانية تكييف كيفية مباشرة الإدارة لإختصاصها التقديري في **شكل شروط أو واجبات** وجب عليها الوقوف عندها وإتباعها وتنفيذها تنفيذ القانون:

1- يشترط أن تبتغي الإدارة في ممارستها لإختصاصها التقديري الصالح العام.

2- يجب أن تلتزم الإدارة عند ممارستها لإختصاصها التقديري، الحدود التي رسمها القانون. ويقول **"فينزيا"** في هذا الصدد أنه "حينما تملك الإدارة طبقا للقانون حرية التقدير فهناك إلتزام بألا تغير من طبيعة **-Dénaturer-** السلطة التي خولها القانون"(3).

3- يجب أن يتناسب الإجراء المتخذ من قبل الإدارة إستنادا على سلطتها التقديرية مع خطورة وأهمية الوقائع التي بني عليها الإجراء(4).

وعليه يمكن إعتبار وجوب الإلتزام بمباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية وكيفية ممارسة هذه السلطة أو الإختصاص بمثابة الرقابة الخارجية على ممارسة السلطة التقديرية، ومن القيود التي جعلت سلطة الإدارة التقديرية مجالا لرقابة القضاء.

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، المرجع السابق ، ص 591.

Voir aussi : - Michel . Filion , Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé forme de normes administratives : les directives , les cahiers de droit , Vol.20 , n° 4 , 1979 , P 894 – 895. http://id.erudit.org/iderudit/042350ar.

(2) سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه ، ص 591.

(3) Jean Claude Venezia , Le pouvoir discrétionnaire , L.G.D.J., paris , 1959 , P 142.

(4) على عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 111 – 112.

الفرع الثاني: مبررات الرقابة على السلطة التقديرية

إستقر الفقه القانوني على أن مبدأ المشروعية يظل عديم القيمة، ما لم يقترن بجزاء فعال يكفل إمتثال السلطات العامة في الدولة لمضمون المبدأ، وعلى تعدد الجزاءات والضمانات التي تكفل وتساعد على إحترام مبدأ المشروعية عامة وتمكين الأفراد من حماية أنفسهم ضد عدوان الإدارة العامة عليهم خاصة، إنتهى فقه القانون العام إلى أن الرقابة القضائية هي الوسيلة الفعالة لحماية مبدأ المشروعية وبالتالي حقوق وحريات الإفراد.

وأن ما يهمنا نحن بصدد هذه الدراسة هو ما ترتب على مبدأ المشروعية في جهة خضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء ومنها الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، إذ تعني مراقبة مباشرة هذه السلطة والتي في حقيقة أمرها هي رقابة حدود هذه السلطة، إذ يمتد بها سلطان القاضي إلى المجال المحجوز والمخصص للسلطة التقديرية لتعيين مداها وظروف استعمالها.

وكما رأينا سابقا أن الأصل في القانون الإداري هو الإختصاص التقديري وهذا ما يفسر ظهور وتطور رقابة المشروعية على مراحل متعددة، وبالتالي فالرقابة على حدود السلطة التقديرية هي أحدث مراحل هذا التطور، وقد بذل القضاء جهدا متتابعا لتحقيقها، وسارع الفقه إلى معاونة هذا الجهد بتقديم المبررات القانونية لقيام هذه الرقابة.

و هذا لسببين:

1- فالقوانين تخلو ولم تنص على الرقابة على السلطة التقديرية لا صراحة ولا ضمنيا.

2- كما أن القضاء الإداري قرر حقه في هذه الرقابة دون تأصيل مما تعين على الفقه الإداري تأصيل حق القضاء في ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

وعليه بداية قبل التطرق إلى مبررات الفقهاء وجب علينا التعرض إلى **المبادئ و الأفكار التي عرقلت و حتى أنها حظرت من بسط و فرض هذه الرقابة** على هذا النوع من الإختصاص المخول للإدارة مباشرته لضمان حسن سير المرفق العام للدولة.

من المستقر عليه فقها أن القاضي الإداري هو قاضي للمشروعية فحسب فهو **يقضي و لا يدير**، وهذا منذ نشأة القضاء الإداري في فرنسا والدول التي سايرتها في إنشاء قضاء إداري مستقل مثل مصر ولبنان والجزائر أي يعني إستبدال نظام القضاء الموحد بنظام إزدواجية القضاء والقوانين.

وبمعنى أن الإدارة إذا تصرفت واتخذت قرارا في حدود الضوابط القانونية المفروضة عليها في التشريعات والقوانين فإن تصرفها لا يحده قيد أخر سوى أن يتفق غرضها من إتخاذ القرار مع المصلحة العامة، ومن ثم لا يملك القاضي الإداري إذا رفعت أمامه خصومة إدارية بشأن

هذا القرار إلا أن يقضي بصحته قانونا، فلا يجوز له أن يتصدى إلى رقابة ملائمة التصرف أو القرار الإداري مادام متفقا مع القانون[1].

وبما أن السلطة التقديرية تمثل الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة القاضي والمشرع على السواء، ذلك لأن القاضي شأنه في ذلك شأن المشرع لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه مناسبة العمل الإداري[2].

فمبررات عدم إمتداد الرقابة القضائية على عنصر الملائمة يبرره من الناحية العملية:

إستحالة ممارسة هذه الرقابة نظرا **لبعد** القاضي من حيث المكان ومن حيث الزمان عن **الظروف و الملابسات** التي أحاطت بالإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية[3]، بالإضافة إلى ذلك فإن القاضي تنقصه **الخبرة** الكافية لمواجهة الحالات التي تتعرض لها الإدارة، كما أنه لا يحيط تمام الإحاطة بالوسائل التي تتخذها الإدارة شأن هذه الحالات[4].

أما من الناحية القانونية: فإن عدم رقابة القاضي على عنصر الملائمة يبرره "**مبدأ الفصل بين السلطات**"، ذلك لأن القاضي إذا تصدى لتقدير ملائمة العمل الإداري، يعتبر كأنه نصب من نفسه سلطة رئاسية لجهة الإدارة أو حل محلها في ممارسة الوظيفة الإدارية[5]

و عليه فإن النتائج المترتبة على مقولة أن القاضي الإداري "قاضي مشروعية يقضي ولا يدير" هي[6]:

1- مجلس الدولة لا يستطيع أن يتدخل ويرسم الإتجاهات العامة للإدارة.

2- إن مجلس الدولة لا يستطيع أن يقوم بدلا من الإدارة بإصدار القرارات الإدارية لأن إصدار القرارات إنما هو إختصاص الإدارة وحدها.

3- ليس في إستطاعة المجلس من الناحية القانونية أن يوجه أمرا أو نهيا إلى الإدارة.

4- كما جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه لا يستطيع أن يستعين بوسيلة الغرامة التهديدية **-Les astreintes-** ليجبر الإدارة على القيام بأمر يجب عليها القيام به أو الإمتناع عن عمل من الواجب عليها الامتناع عنه.

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 108.
(2) سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة ، المرجع السابق ، ص 44.
(3) محمود حافظ ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 7 ، ص 50.
أنظر أيضا: - فهد عبد الكريم أبو العثم ، المرجع السابق ، ص 90.
(4) سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه ، ص 45.
(5) محمود حافظ ، المرجع نفسه ، ص 50.
(6) مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 395 – 396.
أنظر أيضا: - فهد عبد الكريم أبو العثم ، المرجع نفسه ، ص 402 – 403.

إلا أن **مقولة القاضي يقضي و لا يدير** وبالتالي هذا الأصل لم يصمد أمام تطور واقع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التقديرية، فإنشاء القانون الإداري بواسطة القاضي الإداري أدى إلى تحريك الحدود الفاصلة بين الإختصاص المقيد للإدارة و الإختصاص التقديري لها و بين المشروعية و الملاءمة، وبإنشاء القاعدة القانونية يتسع نطاق الإختصاص المقيد على حساب السلطة التقديرية.

وهذا ما أستجاب له القضاء الإداري في فرنسا و مصر ودون الخروج صراحة على قاعدة أنه قضاء للمشروعية وليس للملائمة، **و هذا بإعمال وسيلتين قانونيتين و فنيتين في نفس الوقت و هما[1]:**

1- إستدعاء المبادئ القانونية العامة التي من شأنها الحد من السلطة التقديرية.

2- إستلهام روح التشريع أو القانون لفرض مزيد من القيود التي لم ينص عليها المشرع صراحة عند مباشرة الإدارة لإختصاصاتها المختلفة.

3- إضافة إلى الفصل بين مباشرة الإدارة للسلطة التقديرية والرقابة القضائية عليها.

وعلى الرغم من أن الفقه إختلف في تفسير رقابة الملائمة فمنهم الذين لم يؤيدوها وعلى رأسهم **الفقيه الفرنسي رفيرو -Jean rivéro-** الذي حذر من هذا الموقف*، إلا أن الغالبية العظمى منه أيدت مسلك القضاء الإداري، بإعتبار أن القاضي الإداري وهو يراقب السلطة التقديرية للإدارة لا يتحول إلى قاضى ملائمة بل يظل قاضي مشروعية، لأن الملاءمة قد تكون في بعض الأحيان شرطا من شروط مشروعية القرار الإداري، ويتحقق ذلك عندما يجد القاضي نفسه في موقف يملي عليه بحث الملائمة ويجد في هذا البحث ضرورة لازمة لا غنى عنها للكشف عن مشروعية القرار محل الطعن[2].

والرقابة القضائية عن **الفقيه دوجي** لا تقوم إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية يحكم فيها القاضي وفقا للقانون، مع الملاحظة أن القانون لا يقتصر على ما يصدر من السلطة التشريعية وإنما يضم كذلك قواعد المشروعية العليا والتي يسميها الفقه الحديث المبادئ القانونية العامة، وبالتالي فإن القاضي عندما يطابق بين أعمال الإدارة والقانون بمعناه الواسع فإنه لا يراقب ملائمة هذه الأعمال وإنما تبقى هذه الرقابة على الدوام رقابة مشروعية[3].

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 112.

* قال **"رفيرو"** في هذا الشأن "بأن مجلس الدولة الفرنسي قد تحول من وظيفة القضاء إلى وظيفة الحكم".

(2) على عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 112.

(3) سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 112 – 113.

وهذا أيضا ما أخذ به **الفقيه جيز** الذي إعتبر أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ترد فحسب على جوانب المشروعية دون جوانب الملاءمة والتي تستقل الإدارة بتقديرها وحدها، كما أن القاضي لا يعد رئيسا إداريا مهما كانت كفاءته الإدارية، وهذا ما فصل الإدارة القاضية عن الإدارة العامة في فرنسا فالقاضي ليس إداريا ومع ذلك فللقاضي الإداري سلطة تقرير قواعد قانونية من خلال سلطته في التفسير لإرادة المشرع الصريحة والضمنية(1).

و**الفقيه فالين** بدوره أيد أن رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية مازالت في إطار الرقابة على المشروعية، حيث لا يرى أي تناقض بين المشروعية و الملائمة، و لا يجوز المقابلة بينهما بما يوحي بالتناقض بينهما، فالرقابة على المشروعية قد تستلزم أحيانا بسط الرقابة على الملائمة بإعتبارها من شروط مشروعية القرار الإداري(2)، وفي هذا الاتجاه ذهب كذلك كلا **الفقيهن "بونار" و " فيدل"**.

وهكذا فقد إستقر القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر على فرض رقابته على الإدارة حتى عندما تمارس جانبا من سلطتها التقديرية في أحوال متعدد وقد صيغت الأحكام من هذا النوع وفق أحد المبادئ التالية(3):

1- مبدأ التناسب وعدم الغلو بين المخالفة المرتكبة من قبل الموظف العقوبة والمفروضة عليه.

2- مبدأ التوازن بين المنافع و الأضرار، الناتجة عن القرار الإداري ويعني إختيار الجهة ذات الأضرار القليلة بمصالح الأفراد بالقياس مع المنفعة العامة وهذا في حالة نزع الملكية للمصلحة العامة.

3- مبدأ لزوم إتخاذ القرار الإداري من عدمه فإذا لم يكن القرار الإداري لازما لمعالجة مسألة ما، فإن القضاء الإداري يقرر عدم ضرورة إصداره.

وهذا ما سنفصله ونشرحه جملة وتفصيلا في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ومن أهم المجالات التي مارس فيها القضاء رقابة الملاءمة لأول مرة هي(4):

1- مجال تأديب الموظفين: بإعتبار أن الأصل للسلطة التأديبية إذا ثبت لديها إقتراف الموظف للجريمة التأديبية فلها أن توقع العقوبة التي تراها مناسبة، ولكن القضاء الإداري لم يتوان عن بسط رقابته على مدى ملاءمة العقوبة المفروضة على الموظف.

---

(1) Jeze , Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité , R.D.P. , 1944 , P 63.

(2) Waline (M) , le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel , R.D.P. , Paris , 1930 , P 223.

(3) محمود الجبوري ، المرجع السابق ، ص 41.

(4) فهد عبد الكريم أبو العثم ، المرجع السابق ، ص 91 – 92.

2- مجال القرارات الإدارية المقيدة للحريات العامة: حتى إذا كان القرار الإداري من شأنه أن يفرض قيدا على الحرية الفردية فإن القضاء الإداري يخضعه لرقابته فلا يجوز للإدارة أن تتخذ إجراء في هذا المجال إلا إذا كان ملائما.

3- مجال ملائمة إختيار وقت القرار الإداري: فلما كان عنصر الزمن من أهم عناصر التقدير في القرار الإداري ولا تخضع الإدارة فيه إلى لقيد التعسف و الإنحراف، بمعنى أن تحديد الوقت من ملائمات الإدارة، إلا إذا ثبت أنها كانت مدفوعة في إختياره لسبب لا يمت إلى المصلحة العامة، فالقضاء الإداري حق التدخل بإعتباره تصرفا غير مشروع.

و عليه ننتهي فيما قيل من قبل الفقه الإداري محاولة منه في تأصيل حق القضاء في ممارسة الرقابة على السلطة التقديرية

أولا: في الفقه الفرنسي

فقد قيل في تبرير الرقابة على حدود السلطة التقديرية، أن رقابة المشروعية في فرنسا تجد **أصلها في الرقابة الرئاسية** والتي امتدت حتى الملائمة، إلا أنه تبرير غير واضح والرأي الغالب في الفقه الفرنسي يكمن في **"نظرية الآداب الإدارية"** وهي لا تصدر عن نصوص قانونية، ولكنها تكون حدا مستقلا للسلطة التقديرية **مثلها مثل** الآداب الإجتماعية التي تكون حدا لأفعال الفرد، إذا فالأمر كذلك بالنسبة للإدارة[1].

غير **أن الفقيه ستاسينوبولوص** تساءل كيف تنقل قواعد السلوك هذه المستوحاة من **نظرية الآداب الإدارية** إلى قواعد قانونية؟

ويجيب على هذا التساؤل، إعتناق **"فكرة هوريو"** واعتبار أن هذه الآداب بمثابة نظام تلتزمه الإدارة[2].

و**فكرة الآداب العامة** كانت تتناسب مع الرقابة الرئاسية المتروكة لرئيس الدولة وباستثناء مجلس الدولة الفرنسي أخذ يتحول عن هذا الإتجاه، وصار يبطل القرار الإداري كونه ضد القانون أو روحه وفي الحالتين فإن القاضي يطبق قواعد المشروعية[3].

ويقول **فيدل** بأن القاضي تحت غطاء روح القانون أو القواعد القانونية العامة، اذ يستطيع أن يكمل المشروعية بفكرة التوجيهات الخلقية "روح القانون" وبالتالي فالإنحراف يحتوي على قواعد خلقية بجانب المشروعية[4]

(1) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 243.
(2) المرجع نفسه ، ص 243.
(3) سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 206 و ما بعدها.
(4) محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 244.

ثانيا: في الفقه العربي

فبمقتضي بعض أحكام القضاء الإداري المصري خصوصا في هذا الشأن ذهبوا إلى تبرير تدخل القاضي بأنه لا يتعرض لتقدير الإدارة بحد ذاته ولكن يفرض رقابته على كيفية ممارسة الإدارة لإختصاصها التقديري والظروف التي أحاطت به.

ويقول **الأستاذ الدكتور الطماوي** في تأصيل هذا الإتجاه بأن مهمة القضاء في كثير من الحالات تكون عسيرة، لأنه عليه أن يجد حلا مرضيا للتوفيق بين الرغبة في إعمال السلطة العامة والتمكين للحريات الفردية، ومن ثم فإن القضاء الإداري لا يلغي القرار الإداري لعدم الملاءمة ولكنه قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها لإختصاصها التقديري وقد يخضع الملاءمة ذاتها لرقابته إذا كانت شرطا من شروط المشروعية[(1)].

ويرى **الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي** قائلا بأن القضاء الإداري أحسن صنعا وهو لا يقف عند حدود المشروعية ذلك و إن كانت الإدارة هي التي تقدر ملائمة تصرف ما غير أنه لا يعدو أن يكون تقديرا شخصيا قد يكون سليما أو غير سليم من جهته، وقد ينأى عن تحقيق الصالح العام من جهة أخرى فكان لابد للقضاء أن لا يترك الإدارة حرة في تقدير ملائمتها و ذلك إستنادا لإعتبارات كثيرة أهمها العدالة والإعتبارات العملية وخاصة عندما يكون الأمر متعلقا بالحريات العامة التي تكفلت جميع الدساتير بصيانتها واحترامها فلا يقف ذلك التقسيم التقليدي دون مد القضاء رقابته على مجالات الملاءمة وهي التي تتكئ عليها السلطة الإدارية لتنجو من الرقابة في تصرفات كثيرة، ما تكون وليدة شهوة التسلط و تحقيق منافع شخصية[(2)].

ويضيف **الدكتور محمد مصطفى حسن** على أنه يمكن إيضاح مبررات هذه الرقابة عن طريق تحديد غايات القرار الإداري، فالغاية في القانون الإداري ذات المفهوم الموضوعي هي المصلحة العامة والنفع العام، فغاية المصلحة العامة ذاتها فكرة موضوعية وتستقل عما يدور في ذهن رجل الإدارة لتحقيقها فالإجراء الضبطي يكون من أجل غاية حفظ النظام العام، و لا يكون بمجرد قيام مثل هذه الفكرة عند رجل الإدارة، ووجه المصلحة العامة يترجم موضوعيا بأعمال واقعية، وعليه فالقضاء – مستلهما نص القانون و روحه – يضع من القرائن ما يراقب به التطابق الموضوعي بين القرار أو العمل وبين الغاية المحدد بالقانون، وهذا التطابق هو واجب الإدارة والقاضي، وبالتالي لا يخرج عن دائرة المشروعية، وليس في ذلك أي إنتهاك لمادة السلطة التقديرية[(3)].

ونخلص أخيرا مما سبق أن الإدارة ملزمة أثناء ممارستها للإختصاص التقديري بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال التي يوجدها ويحددها التشريع أو المبادئ العامة للقانون قبل إصدار القرار و إلا كان القرار مخالفا للقانون، كما ان السلطة التقديرية لا يمكن إعتبارها

---

(1) سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، المرجع السابق ، ص 590 و ما بعدها.
(2) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 172.
(3) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 246 – 247.

إستثناءا على مبدأ المشروعية أو خروجا على نطاق تطبيقه، وإنما تتضمن فقط توسيع دائرة نطاق المبدأ دون تجاوز حدود هذا النطاق، وعليه فإن السلطة التقديرية للإدارة ليست سلطة تحكيمية بل هي سلطة قانونية منتظمة تخضع لرقابة القاضي وهذا ما سنتطرق إليه تفصيلا في **الفصل الثاني**.

الفصل الثاني: التطبيقات العملية للسلطة التقديرية للإدارة في ظل الإجتهاد القضائي

من المستقر عليه أنه يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملا ماديا أو عملا قانونيا، فيؤدي بطلان العمل المادي إلى إنهائه وإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعه أو على الأقل الإلتزام بالتعويض عن الأضرار، كما يؤدي بطلان العمل القانوني والحكم بإلغائه إلى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بأثر رجعي.

وعليه فإن إحترام مبدأ المشروعية يقتضي أن تخضع جميع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية، لأن وجود التشريعات لا معنى له إذا ترك أمر تطبيقها لمحض إرادة الإدارة، لذلك فإن القضاء يبسط رقابته من حيث المبدأ على القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة تطبيقا للتشريعات الإدارية وقد تفاوتت درجات هذه الرقابة بحسب مدى السلطات التي تمنحها هذه التشريعات، وإن التعرف على مدى الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة موضوع الدراسة، لا يأتي إلا من خلال تبيان نشأة وبداية تطور هذه الرقابة في القضاء المقارن، فقد أخضع مجلس الدولة الفرنسي أعمال الإدارة للرقابة القضائية بصورة تدريجية، حيث اقتصرت الرقابة في البداية على عناصر المشروعية الخارجية والتي تتمثل في قواعد الإختصاص و أن الإدارة لم تخالف شكلية وجب إتباعها، ومارس هذه الرقابة سواء كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة أو سلطة تقديرية.

ثم تطورت رقابته في مرحلة لاحقة وامتدت للمشروعية الداخلية، لتشمل الوجود المادي للوقائع وبعدها الرقابة على التكييف القانوني لهذه الوقائع والتي كان أمرها متروك للإدارة.

وقد حصلت تطورات مهمة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بدءا من عام **1960** بحيث إستحدثت عدد من النظريات والمبادئ، عززت من دور القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، تتمثل في رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، ومبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، واللتين يجمعهما رابط واحد هو مبدأ أو فكرة التناسب والتي سميت برقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة وهذا ما سنتطرق إيه جملة وتفصيلا في هذا **الفصل**.

ثم نخلص إلى موقف القضائين الإداريين المصري والجزائري من هذه الأساليب التقليدية منها والحديثة، بحيث يسهل الحكم على مدى التأثر بها، بعد عرضنا لمهد نشأتها والمراحل التي خطتها في القضاء الإداري الفرنسي في سبيل الحد من السلطة التقديرية للإدارة، وصولا إلى أحدث التطورات لها وما حققه هذا القضاء من إجتهادات.

المبحث الأول: الأساليب القضائية التقليدية للتدخل في مراقبة السلطة التقديرية للإدارة

تعتبر الأساليب القضائية التقليدية التي فرضت على السلطة التقديرية للإدارة أول خطوة خطاها القضاء الإداري في سبيل التدخل للحد وتطويق الإختصاص التقديري والمخول للإدارة ممارسته، بعدما كان مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن التدخل في مراقبة السلطة التقديرية للإدارة، ثم سرعان ما انتهج مسلك آخر بمقتضاه أصبح يتحرر تدريجيا من هذا القيد بحيث أقر لنفسه بداية، الحق في رقابة كافة وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي، ثم بدأ بالتعمق في تدخله، بحيث لم يعد يكتفي بهذا الحد وصار يخضع تلك الوقائع بعد رقابة وجودها المادي والتأكد من صحتها إلى رقابة التكييف القانوني لهذه الوقائع وصحة الوصف القانوني المعطى لها، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا **المبحث**.

المطلب الأول: رقابة وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي

الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع تعتبر الخطوة الأولى التي يتبعها القاضي الإداري في الرقابة على عنصر السبب في القرار الإداري، وهذا الأخير -عنصر السبب- من الحدود الداخلية للسلطة التقديرية، والذي يدخل في نطاق ومجال التقدير الإداري، ومن خلال هذه الرقابة يتأكد القاضي أن الإدارة إستندت في تبريرها للقرار الإداري إلى وقائع صحيحة من الناحية المادية وإلا تعرض للإلغاء.

ولتسليط الضوء على هذه الخطوة من رقابة السبب فسوف نتعرض إلى ماهية الرقابة على الوجود المادي للوقائع، ومن تم سلطات القاضي الإداري حيال هذه الرقابة.

الفرع الأول: ماهية الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع

الرقابة على الوقائع لم تحقق بصورة واضحة وكاملة بين ليلة وضحاه بل مرت بمراحل هي الأخرى وتطورات عديدة وطويلة، إذ هي في الأصل من إكتشاف واجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، وعليه سنتطرق إلى مراحل تطور قضاء مجلس الدولة في رقابته على الوقائع من حيث الوجود أو الصيغة القانونية، فقد كان القضاء الإداري في فرنسا لا يبسط رقابته على الوقائع إلا منذ تاريخ حديث نسبيا، يرجع إلى **أوائل القرن 20**، أما قبل ذلك و لمدة طويلة فقد ظل يرفض بسط رقابته على الوقائع تخوفا منه أو تجنبا للخوض في المسائل التقديرية التي تعد من الإختصاصات الأصلية للإدارة وحدها[1]، فاقتصرت رقابته حينها على الجانب القانوني للنزاع بوصفه قاضيا للقانون دون الوقائع معتبرا أن الوقائع من عناصر الملاءمة التي تستقل الإدارة بتقديرها دون إمكانية فرض رقابة قضائية عليها.

ويعني هنا بأن مجلس الدولة الفرنسي لما أخضع أعمال الإدارة للرقابة القضائية فقد إتبع في إخضاعه هذا **المنهج التدريجي** إن صح التعبير **- أي بصورة تدريجية -** حيث اقتصرت الرقابة في البداية على عناصر المشروعية الخارجية والتي تتمثل في مراقبة فيما إذا تم إتخاذ القرار من السلطة المختصة و أن الإدارة لم تخالف قواعد الإختصاص، ولم يلحق بالقرار عيب في الشكل علما أنه يمارسها سواءا كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة أو سلطة تقديرية[2]، ثم تطورت رقابته في مرحلة لاحقة لتشمل المشروعية الداخلية.

والرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع في القرارات الإدارية بصفة خاصة والتي تعد نقطة بداية الرقابة على عنصر السبب في القرار الإداري بصفة عامة، جاءت في مرحلة متأخرة من مراحل تطور دعوى تجاوز السلطة في فرنسا والتي كانت الرقابة عليها رقابة قضائية بحتة لا تقحم القاضي في المجالات التقديرية لجهة الإدارة، وبذلك تصبح مساحة السلطة التقديرية التي تتمتع بها جهة الإدارة واسعة، ولهذا السبب إبتدع القضاء الإداري رقابة السبب في القرار، تكون الإنطلاقة فيها بفرضه **"رقابة على وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي و التأكد من صحتها القانونية"** .

وعليه فمع تطور نظرة مجلس الدولة الفرنسي لمهمته في الرقابة على أعمال الإدارة، و تعاظم التقدير لهذه المهمة، وتخلصه من الإعتبارات المحيطة بالظروف التاريخية التي عاصرت إنشائه[3]، راح المجلس من أوائل القرن الماضي يقر لنفسه تدريجيا سلطة التعرض لفحص الوقائع، التي تتأسس عليها القرارات الإدارية المطعون فيها أمامه، وصحة تكييف الإدارة لهذه الوقائع[4]، واستقرت سلطة مجلس الدولة بعدها في إجراء رقابته على تكييف

---

(1) Rousseau (D) , Le contrôle de l’opportunité de l’action administrative , Poitiers , 1979 , P 383.

(2) مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 176.

(3) Rousseau (D) , Ibid. , P 384.

(4) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 179.

الإدارة للوقائع بصدور مجموعة من الأحكام الشهيرة على رأسها **حكم قومل -GOMEL-*** الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي في **04 أفريل 1914** ، غير أن هذا الإستقرار سرعان ما تلشى وتطور بعد ذلك قضاء المجلس نحو مراقبة الوجود المادي للوقائع وذلك في جميع المجالات، والحالات التي تكون فيها هذه الوقائع شرطا فرضه القانون لتدخل الإدارة، بحيث أنه كلما كانت سلطة الإدارة مقيدة بأن حدد القانون الوقائع أو الحالات التي تستطيع الإدارة فيها أن تتدخل بسلطتها، فإن للقضاء إمكانية التحقق من صحة قيام هذه الوقائع أو الحالات، مما جعله قاضيا للوقائع إضافة للقانون، وقد إستقر هذا القضاء نهائيا بصدور **حكم كامينو -Camino*- في 14 جانفي 1916.**

ونلاحظ أنه إلى غاية هذه المرحلة من التطور وحتى هذا التاريخ، فإن مجلس الدولة الفرنسي و إن كان قد بسط رقابته على الوقائع إلا أن جميع الحالات التي قرر فيها ذلك كانت **تدخل ضمن حالات السلطة المقيدة،** بأن كانت هذه الوقائع شرطا إستلزم القانون تحققه لجواز تدخل الإدارة، ولذلك إعتبر المجلس بأن تخلف هذا الشرط يجعل القرار معيبا بعيب مخالفة القانون(2).

ثم تطورت رقابة القضاء الإداري بعد ذلك، **و بالتالي إمتدت إلى الحالات التي لا يقيد فيها القانون تدخل الإدارة بقيام وقائع معينة و محددة،** أي الحالات التي يكون للإدارة بشأنها سلطة تقديرية والتي لم يلزمها المشرع في هذه الحالات بمراعاة وقائع معينة عند إتخاذ القرار الإداري، وهكذا بات القضاء يراقب مدى صحة إدعاء الإدارة بالنسبة إلى قيام هذه الوقائع، فإذا ثبت له عدم صحتها قضى بإلغاء القرار المؤسس عليها(3)، وكان البدء من هذا النوع من الرقابة على الوقائع التي يقوم عليها القرار هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في **قضية و حكم تريبو -Trépont*- في 20 جانفي 1922**، وهكذا صار لمجلس الدولة الفرنسي الحق في رقابة كافة وقائع القرارات الإدارية سواء تلك التي يعتبرها القانون شرطا لإتخاذ هذه القرارات أو التي لا يعتبرها كذلك، وهي الوقائع التي تدعيها الإدارة بناءا على سلطتها التقديرية وبناءا على هذا الإتجاه الجديد يصبح القرار الإداري معرض للإلغاء كلما ثبت أن الإدارة قد إستندت في تبريرها إلى وقائع غير صحيحة و غير موجودة من الناحية المادية **-Fait matériellement inexact-** (4).

---

* **لتفصيل أكثر حول حكم قومل- Gomel- أنظر: -** علي محمود مقلد (مترجم) ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2009 ، ص 182 – 191.

* **لتفصيل أكثر حول حكم كامينو- Camino- أنظر: -** علي محمود مقلد (مترجم) ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، ص 192 – 197.

(2) René . Chapue , Droit administratif , Tome 1 , Montchrestien , 9éme édition , Paris , 1995 , P 920.

(3) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 179 – 180.

* **قضية و حكم مشار إليه عند: -** سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 180.

(4) العربي زروق ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006 ، ص 119.

وعلى خلاف الأمر في فرنسا، أقام القضاء الإداري في مصر منذ نشأته، قاعدة عامة تطبق على كافة القرارات الإدارية، وبمقتضاها يتعين على الإدارة بناء قراراتها على وقائع قائمة و موجودة ماديا وصحيحة قانونا، وبذلك قضت **محكمة القضاء الإداري** في أحد **أحكامها في 28 ماي 1947 ،- قضية 45 لسنة 1 ق ، مجموعة عاصم ، ص 87-** "بأنه يجب لمصلحة القرار الإداري أن يقوم على وقائع صحيحة مستفادة من مصادر ثابتة في الأوراق، ومؤدية إلى النتائج التي إنتهى إليها، و إلا كان منطويا على مخالفة القانون لإنعدام الأساس القانوني الذي يجب أن يقوم عليه و لوقوع الخطأ في تطبيق القانون بسبب الخطأ في تطبيق الوقائع"، وهذا ما أكدته **المحكمة العليا** بعد إنشاءها مباشرة على إثر ما سبق القضاء به من القضاء الإداري الفرنسي و محكمة القضاء الإداري المصرية، و هذا في **حكمها الصادر** في **15 نوفمبر 1955،- قضية 159 لسنة 1 ق ، المجموعة السنة 1، ص 43-[1].**

وعليه من الملاحظ أن القضاء الإداري في مصر قدساير وأخذ بما قد خلص إليه مجلس الدولة الفرنسي عبر سنين من الإجتهاد، حول فرضه وبسطه لرقابته على وقائع القرار الإداري من حيث الوجود المادي والصحة القانونية، وهذا منذ نشأته مباشرة، إذ لا يعني بتاتا أنه قضاء نشأ يراقب الوقائع في القرارات الإدارية من تلقاء نفسه ومن إبتكار ذاته بل كان مسايرا وأخذا بما سبقه إليه القضاء الفرنسي عن طريق الإجتهاد.

و هذا هو المنهج الذي إتبعه و الطريق التي سلكها، القضاء الإداري الجزائري منذ نشأته.

فقد طبق **قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا** منذ نشأته، عيب إنعدام الأسباب في القرارات الإدارية، كحالة من حالات عدم شرعية القرارات الإدارية وكوسيلة من أسباب و رقابة الشرعية والحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء[2]، وبالتالي كانت خطوته الأولى بهذا الصدد هي التعرض إلى مراقبة وقائع القرار الإداري من حيث وجودها المادي وصحتها القانونية، ولعلى أقدم القرارات بهذا الصدد هو ما **قضت** به **"الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى"** بتاريخ **12 جانفي 1968** في **قضية - كروم ضد بلدية الجزائر العاصمة -[3].**

كذلك من بين القرارات في هذا المجال **قرار - أرملة (ق.ب) ضد والي ولاية معسكر -[4]**، فرئيس دائرة معسكر قرر في **01 جوان 1967** الإستلاء على محل معتقدا منه غلطا بوجود حالة شغور، غير أن هذه الواقعة غير موجودة لكون **المدعية (ق.ب)** هي الشاغلة قانونا للمحل المتنازع عليه، وقد سبب المجلس الأعلى قراره كمايلي:

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 182 – 184.

(2) عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 559.

(3) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ، المؤرخ في 12 جانفي 1968 ، قضية (كروم) ضد (بلدية الجزائر العاصمة) ، الجمهورية الجزائرية ، وزارة العدل ، نشرة القضاة ، العدد 02 ، مارس – أفريل 1968 ، ص 75 – 77.

(4) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ، قضية أرملة (ق.ب) ضد (والي ولاية معسكر) ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1990 ، ص 200 و ما بعدها.

"- حيث أن الطاعنة تذكر بأن **عقد التخصيص** المؤرخ في **23 ديسمبر 1970** باطل، لأن جميع العوامل المؤدية إلى صدوره مخالفة للقانون، والتي تتمثل في إخراج **السيدة (ح)** بدون حكم قضائي وحجز المحل، وعدم التبليغ.
- حيث أنه بموجب عقد رسمي، مبرم في **19 فيفري 1963** بمكتب التوثيق، باع **فريق (أ) للسيدة (خ.خ)** صالون الحلاقة المتنازع عليه....
- حيث أن العقد الآنف الذكر قد ولد حقوقا.
- حيث أن **الطاعنة (ق.ب)** إستظهرت لمحكمة معسكر على ما سبق **سجل تجاري** صادر بتاريخ **13 أكتوبر 1968** عن المصلحة المختصة.
- حيث أنه لا يمكن الطعن في مثل هذه المستندات، إلا بالإعتماد على أسباب مستقاة من عدم الشرعية.
- حيث أن الوالي قد إكتفى في رده بالتصريح بأن **(ع.أ)** قد إشترى بصفة قانونية وبعقد شرعي المحل المتنازع عليه المصرح بشغوره.
ولكن حيث أن **نظرية الشغور**، مبنية على أسس قانونية محددة قانونا، كالمعاينة و التصريح بالشغور، وهي الأسس التي تجاهلها القرار المطعون فيه.
- حيث أن رئيس دائرة معسكر، قرر في **جوان 1967** من جانب واحد الإستلاء على المحل، لصالح شخص طبيعي هو **(ع.أ)** معتقدا بأن مجرد الإشارة إلى التشريع الخاص بالأملاك الشاغرة، ودون الإتيان بالدليل على الشغور كافيا لبناء قراره على أساس قانوني.

وأنه ليتعين بالتالي التصريح بتأسيس الوجه، **وإبطال أمر الإستلاء و القرار الصادر عن رئيس الدائرة في 23 ديسمبر 1970.**

والملاحظ مما سبق أن المجلس الأعلى لم يشير صراحة إلى عيب السبب، و لا إلى حالة الغلط في الوقائع وعدم وجودها وبالتالي إنعدام السبب، إلا أن ذلك يستنبط بوضوح من تسببه لقراره في نقطتين وهم:

1- كون رئيس دائرة معسكر إعتقد بأن الإشارة إلى التشريع الخاص بالأملاك الشاغرة كافيا لتأسيس قراره بالإستلاء على المحل، دون إثبات الشغور من الواقعية، وهذا الإعتقاد يعني عدم وجود الواقعة.

2- كون إثبات حالة الشغور يتم إما بالمعاينة أو التصريح بالشغور، وهو الشيء غير المتوفر في هذه القضية، ونتيجة لذلك فإن واقعة الشغور منعدمة، ونحن بالتالي أمام حالة إنعدام الوجود المادي للوقائع، الذي يؤدي إلى إنعدام السبب.

غير أنه في **الحكم** الصادر بتاريخ **11 جويلية 1981**[1]، في ملف القضية رقم **22236 قضية - (أ.ر) ضد والي ولاية الجزائر و رئيس دائرة بئر مراد رايس -**، أشار"المجلس الأعلى" صراحة إلى حالة إنعدام الوجود المادي للوقائع وصحتها القانونية.

بحيث ألغى قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس بموجب هذا الحكم **قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس** الصادر **في 29 ماي 1979** والذي بموجبه منع على **السيد (أ.ر)** إتمام سور حول فيلته الكائنة برقم **03** نهج الإخوة جيلالي، بئر خادم، بحجة أن بناء هذا السور يخل بالنظام العام عن طريق الإخلال بالأمن العام بالرغم من أن صاحب الفيلا **(أ.ر)** قد تحصل على **رخصة بناء السور** من **رئيس بلدية بئر خادم** بتاريخ **28 أكتوبر 1978** وبموجب قرار صادر من نفس البلدية يتضمن رخصة البناء مؤرخ في **16 جانفي 1979، فطعن** صاحب الفيلا في قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس بالإلغاء بتاريخ **29 نوفمبر 1979.**

وبعد التحقيق أصدرت الغرفة الإدارية **حكما قضائيا** بتاريخ **11 جويلية 1981** يقضي بإلغاء قرار رئيس دائرة بئر رايس المذكور، لأن هذا القرار غير مؤسس ومستند إلى وقائع ثابتة و صحيحة تبرر إتخاذه حيث لا يوجد وقائع الإخلال بالأمن العام و النظام من جراء عملية بناء هذا السور.

ومن **أحكام "مجلس الدولة"** في هذا الصدد، **قراره** الصادر بتاريخ **26 جويلية 1999**[2]**.**

"- حيث ترتيبا على ذلك، فإن المستأنف يكون قد إرتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته.
- وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم في الواقع والقانون".

---

[1] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القصية رقم 22236 ، المؤرخ في 11 جويلية 1981 ، الجمهورية الجزائرية ، وزارة العدل ، نشرة القضاة ، العدد 03 ، جويلية 1986 ، ص 73 – 76.

[2] قرار مجلس الدولة ، فهرس رقم 371 ، المؤرخ في 26 جويلية 1999 ، غير منشور.
قرار مشار إليه عند: - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 352.

وهكذا إستقر القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر و الجزائر على أن القرار الإداري في كافة الأحوال والظروف، أي سواء كانت سلطة الإدارة بصدده مقيدة أم تقديرية، في الظروف العادية أم الإستثنائية، يكون مشوبا بعيب السبب وقابلا للإلغاء، إذا ثبت أن الإدارة قد إستندت في تبربره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية، سواءا كانت الإدارة حسنة النية أي إعتقدت بقيام الوقائع التي تدعيها، أم كانت تعلم بعدم توافرها.

و لا يكفي لصحة القرار الإداري أن تكون الوقائع التي يستند إليها موجودة فقط بل يجب أن تظل تلك الوقائع قائمة لحين إصدار القرار، ومعناه أن تكون الوقائع التي تكون ركن السبب قد إستمرت حتى صدور القرار، وبناءا على ذلك إذا تحقق السبب ولكنه زال فيما بعد قبل إصدار القرار فإن القرار يكون معيبا في سببه.

كذلك لا يقيد بالسبب الذي لم يكن موجودا لحظة صدور القرار ولكنه تحقق في ميعاد لاحق على صدوره لأن **العبرة هي بوقت صدور القرار**، حيث أن السبب لم يكن قائما وقتها فلا يجدي في إسناده وتأسيسه ظهور السبب فيما بعد(1)، إضافة إلى ضرورة **أن تكون تلك الوقائع محددة بدقة** ومن ثم يعتبر القرار الإداري المبني على أسباب عامة أو غامضة خاليا من الأسباب، وفي الحقيقة أن هذا الشرط لا يمكن إعماله إلا بالنسبة لقرارات الإدارة التي يشترط المشرع ضرورة تسبيبها أي في ظل السلطة المقيدة كالقرارات التأديبية أو القرارات الصادرة برفض منح ترخيص(2).

و لقد أكدت "الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى" هذا الشرط في **حكمها** الصادر في **28 جويلية 1990**(3) **ملف القضية رقم 68240** حيث **قضت** "من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر إبتداءا من التاريخ الذي تستلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور وتعطي الإدارة لصاحب الطلب وصل بذلك وتمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه، ومن ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوز للسلطة".

كما يشترط أخيرا في تلك الوقائع المادية أن تكون **مشروعة و صحيحة قانونا و جدية**، ولقد راعت "الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى" هذا الشرط و أبطلت الكثير من القرارات الإدارية إستنادا لعدم صحة وقائعها، حيث **قضت** في أحد **قراراتها** الصادرة في **11 ديسمبر 1981**(4) **ملف القضية رقم 28561** "متى إتخذت الإدارة قرارا معينا كان يتعين عليها التأكد من أن الشخص المعني به حيا غير متوفي، وأنه مالك بالإنفراد لجميع الحقوق التي تناولها القرار،

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 206.
(2) نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 339.
(3) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 68240 ، المؤرخ في 28 جويلية 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992 ، ص 153.
(4) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 2856 ، المؤرخ في 11 ديسمبر 1981 ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1989 ، ص 175.

فإن القرار بوضع عقار تحت حماية الدولة تابع في جزئه لشخص متوفي يعتبر قرارا مشوبا بعيب تجاوز السلطة لتعارضه مع حقوق تابعة للمالكين غير مذكورين صراحة به مما يستوجب البطلان.

الفرع الثاني: سلطات القاضي في الرقابة على الوجود المادي للوقائع

إن الرقابة على الوجود المادي للوقائع وصحتها القانونية، بإعتبار الواقعة عنصر من العناصر المكونة لسبب القرار الصحيح والمشروع قد تثير تساؤل حول حكم القرار الذي تعددت أسبابه والتي أقامت عليها الإدارة هذا القرار، إذا ثبت أن بعض أسبابه معيبة وصحت بعضها وهو ما يتحقق غالبا في حالة السلطة التقديرية، وكذلك حول مدى إمكانية تصحيح السبب في القرار الإداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي صدر القرار إستنادا إليه.

أولا: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في حالة تعدد الأسباب

إذا تبين للقاضي الإداري أثناء قيامه بفحص الوجود المادي وكذلك القانوني لعنصر السبب في القرار الإداري، عدم صحة بعض الأسباب التي أسست عليها الإدارة قرارها، وصحة البعض الآخر بما يكفي لتبرير إصدار القرار الإداري والإستناد إليها، فإن ذلك لا يؤدي لعيب السبب. وذلك إذا إتضح أن إستبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار و لا يجعله غير قائم على سببه طالما أن الأسباب الأخرى تؤدي إلى نفس النتيجة، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر و أيدتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا[1].

وهذا ما أخذ به "مجلس الدولة الفرنسي" في بعض أحكامه القديمة نسبيا، إذ لم يتعرض لبحث الوقائع الأخرى الغير صحيحة و لو لمجرد إستظهار مدى تأثيرها على القرار المطعون فيه، حيث رأى أن البحث في الوقائع الأخرى إنما ينطوي على إعتداء من جانبه على حرية الإدارة في التقدير[2].

غير أن جانب من الفقه ولعله الغالب إتجه في هذا الصدد إلى التفرقة بين "الأسباب الرئيسية أو الدافعة" في القرار الإداري، و"الأسباب الثانوية الزائدة"، بحيث يكون القرار مشوبا بعيب السبب قابلا للإلغاء إذا تبين أن الأسباب الغير صحيحة قد لعبت دورا رئيسيا في إصدار القرار، أما إذا أتضح أنها كانت ثانوية، وأن الأسباب الأخرى الصحيحة كافية لإتخاذ القرار، فإن القضاء الإداري يتجاوز الأسباب الثانوية الغير صحيحة والمعيبة، ويمتنع عن الحكم

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 199.

(2) Sauvignon . Edouard , La pluralité des motifs dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l’excès de pouvoir , A.J.D.A. , Avril 1971 , P 201.

بالإلغاء لعيب السبب[1]، وقد أخذ القضاء الإداري في مصر بهذه الفكرة في بعض أحكامه و أطلق عليها إصطلاح "السبب الحاسم أو السبب الأهم"[2]، ويعبر **الفقيه مارسيل فالين** عن هذه الفكرة بأن القرار يبطل في كل الأحوال ما لم يظهر أن السبب غير الصحيح كان زائدا[3].

وللتمييز بين الأسباب الرئيسية و الثانوية يرى معظم الفقه أن الأسباب الزائدة هي الأسباب التي ما كان غيابها ليؤخر أو أن يمنع إصدار القرار الإداري أي أنها لو وجدت أو غابت فإنه سيصدر على أي حال. كما أنه يجب أن لا يفترض من القاضي أن سببا ما زائدا أو ثانويا إلا إذا ثبت ذلك بوضوح من ملف الدعوى وهو ما يتطلب من القاضي الإداري القيام بأبحاث دقيقة لأنها تصل في النهاية إلى معرفة وتحليل قصد متخذ ومصدر القرار نفسه[4]، وهذا لأن جميع الأسباب التي تستند إليها الإدارة في الأصل تعتبر أسباب رئيسية، بحيث يكفي عدم صحة بعضها لإبطال القرار. وهذا ما فسره جانب من الفقه من خلال موقف "مجلس الدولة الفرنسي" الحديث، بأن المجلس قد بات يفترض في كافة الأسباب التي تتذرع بها الإدارة، أنها كأصل عام الأسباب الدافعة، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك[5].

وعليه ففي الحالات التي لا يتبين فيها بوضوح أن الأسباب المعيبة كانت ثانوية، فإنه يأخذ بالقاعدة العامة التي تلغي القرار الإداري بمجرد عدم صحة أحد أسبابه، بحيث يفترض أن الأسباب جميعها كانت رئيسية ودافعة لإصدار القرار[6].

ثانيا: سلطة القاضي الإداري في تصحيح الأسباب

قد يحدث أن يتبين للقاضي أن الأسباب التي يبني وقام عليها القرار الإداري المطعون فيه هي أسباب غير صحيحة، إلا أن هناك أسباب أخرى يمكن الإستناد عليها لتبرير القرار محل الطعن، فهل يجوز للقاضي الإداري تصحيح قرارها وذلك بإحلال السبب الصحيح بذل ومحل السبب غير الصحيح الذي إستند إليه القرار؟

الأصل أن ذلك غير جائز، إذ لا يمكن للقاضي إستبدال سبب غير صحيح أسس عليه قرار ما بسبب آخر صحيح تفاديا لإلغائه، وذلك لأن دور القاضي يقتصر على مراقبة صحة السبب الذي إستندت عليه الإدارة لإصدار قرارها والحكم بإلغائه عند ثبوت عدم مشروعيته، و لا يجوز له أن يتعداه إلى ما وراء ذلك بإفتراض قيامه على أسباب أخرى، فالعبرة دائما بالسبب الذي تذكره الإدارة لقرارها[7]، كما أن إحلال تقدير القاضي لسبب آخر محل تقدير الإدارة

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، المرجع السابق ، ص 155.
(2) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 200.
(3) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 178.
(4) مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 760.
(6) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 212.
(7) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، المرجع نفسه ، ص 151.

لسببها حتى وإن كان غير صحيح يعد تدخلا في صميم أعمال الإدارة وتعد واضح على مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا هو الرأي الغالب في هذا الشأن.

وهذا ما أستقر عليه القضاء الإداري في مصر، في الحكم الصادر في **9 أفريل 1952 - قضية 594 لسنة 5 ق ، المجموعة السنة 6 ، ص 822 -** على أنه "إذا ثبت أن القرار الإداري قد بني على سبب معين قام الدليل على عدم صحته فلا يجوز إضافة أسباب جديدة بعد صدور القرار المطعون فيه ويتعين الحكم بإلغائه[1].

ونلاحظ أن هذا القضاء إتفق مع قاعدة أن العبرة في تقدير مشروعية القرار الإداري هي بالوقت الذي صدر فيه، وهذا كون تصحيح و تغير سبب القرار يكون في تاريخ لاحق من صدوره.

غير أنه ولاعتبارات عملية عندما يكون إختصاص الإدارة مقيد، بحيث من اللازم عليها أن تصدر قرار جديد وبنفس المضمون القرار الذي شابه عيب السبب - سببه غير صحيح- مع إقامة قرارها هذه المرة على الأسباب الصحيحة، وعليه رأت "المحكمة الإدارية العليا في مصر" أنه لا ضرورة و لا جدوى من إلغاء القرار الأول الذي بني على أسباب غير صحيحة، بل يكفي تصحيح أسبابه ما دام أنه صادر لا محال سواء بتصحيح أسبابه أو بإلغائه وإصدار قرار آخر بنفس المضمون، لكن دون أن يمتد هذا النوع من القضاء إلى حالات الإختصاص التقديري للإدارة، وهذا ما حكمت به المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بتاريخ **19 نوفمبر 1966 - قضية 630 لسنة 11 ق ، المجموعة السنة 12 ، ص 229 -[2]**، فعندما تكون للإدارة حرية تقدير مدى ملاءمة التدخل وإصدار القرار الإداري أو عدم التدخل بإصداره، وفقا لما تقدره من أسباب، فليس من الجائز بتاتا الإعتراف للقضاء بسلطة تصحيح أسباب القرار الدافعة إلى إتخاذه وتبريره.

وفي تقدير آخر من جانب الفقه الفرنسي لهذا الإتجاه، يذهب إلى أن سلطة القاضي الإداري في إحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ بصورة شبه آلية في حالة القرار الصادر عن سلطة مقيدة، قد صارت من الأمور المتصلة بالنظام العام حيث يجوز للقاضي أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه[3]، أما في حالة السلطة التقديرية، فقد يتمتع القاضي بحرية إحلال السبب الصحيح أو الإمتناع عن ذلك، طالما الإدارة في قرارها إستنادا للسلطة التقديرية كفلت للطاعن كافة الضمانات المقررة لحقه، أما إذا تجاهلت وأهدرت هذه الضمانات فإن القرار المطعون فيه يكون جديرا بالإلغاء[4].

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 205.
[2] المرجع نفسه ، ص 206.
[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 152.
[4] سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 207 – 208.

غير أن **ديكال -Diqual-** يرى عدم صحة هذا الإتجاه تماما فمن ناحية ليس هناك أي إلزام على القاضي الإداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ في حالة السلطة المقيدة، و من ناحية أخرى لا يصح للقاضي التمتع بسلطة تحكمية في إحلال السبب الصحيح أو عدم إحلاله في حالة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية عامة وبتقدير السبب خاصة[1]، وهو ما يعني هنا خروج القاضي عن حدود رقابته على مشروعية القرارات الإدارية ليغدو سلطة رئاسية أو وصائية على جهة الإدارة، كذلك من ناحية فإنه ليس للقاضي الإداري من باب المنطق أن يتجاهل عيب عدم مشروعية القرار الإداري وأن يمتنع عن تطبيق القانون، وإذا فعل تخلى عن دوره كقاضي مشروعية، كما أنه قد يلحق أضرار بالطاعن.

وعليه فإن الأصل والرأي الغالب أن للقاضي الصلاحية في إحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب الخاطئة على القرارات الإدارية الصادرة بمناسبة إختصاص مقيد وفقط، إذ لم تمتد هذه الصلاحية إلى الإختصاص التقديري، ومع تطور القضاء الإداري فقد إنتهى إلى تحويل الحق للقاضي في إحلال الأساس القانوني للقرار وليس سببه في الحالات التي تكون الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية، بمعنى السند أو النص القانوني الذي أقامت عليه الإدارة قرارها، وهذا على الرغم من عدم وجود فرق جوهري بين السبب القانوني الذي يستند إليه القرار والسند القانوني له، فالفرق أن الأول عناصر واقعية والثاني عناصر قانونية إذ تتكامل معا في الأخير لتكوين أحد مقومات القرار الإداري وهو عنصر السبب.

و نخلص من خلال ما سبق التعرض إليه في **الفرع الأول و الثاني** بأن الرقابة على الوجود المادي للوقائع هي رقابة الحد الأدنى من الرقابة التي يبسطها القضاء الإداري على عنصر السبب والتي تمكنه من إلغاء القرار الإداري نتيجة الخطأ في الوقائع وعدم وجودها وعدم صحتها القانونية، فهي رقابة لا يفلت منها أي قرار إداري أيا كان موضوعه و أيا كانت السلطة المخولة للإدارة بمناسبة إصداره، وبالتالي أعتبرت رقابة وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي وصحتها القانونية، أول خطوة خطاها القضاء الإداري من مهده في فرنسا ومنذ نشأة القضاء الإداري المصري و الجزائري نحو الحد من السلطة التقديرية للإدارة و لا يفهم بالحد هنا بمعنى تقييد الإختصاص التقديري بحد ذاته، بل بفرض رقابة قضائية عليه عن طريق عنصر السبب بداية بفرضها على شقه الأول و المتمثل في الحالة الواقعية والتي تكون سابقة للقرار و الدافعة لإتخاذه، لدى سميت برقابة الوقائع، و هذا بعد أن كانت الإدارة في نطاق قراراتها التقديرية حرة في إيجاد الوقائع التي يقوم عليها قرارها، دون أن يكون للقضاء حق التثبيت من وجودها المادي وصحتها القانونية، أصبح الإستناد إلى الوقائع خاضع للرقابة القضائية في كل من حالات السلطة المقيدة و التقديرية.

وقد واجهت هذه الرقابة إنتقادا أساسه أن التعرض إلى البحث والتحقق من الوجود المادي للوقائع يجب ألا يتضمن أي قدر من السلطة التقديرية، فسلطة القضاء في هذا البحث تتساوى

---

[1] Lino . Diqual , op. cit. , P 501.

في إتساعها مع سلطة الإدارة تماما، فالأمر لا يتعلق بحرية الإدارة في التصرف حتى يمكن الكلام عن سلطة تقديرية تترك لها، و إنما يتعلق بتقدير حقائق كما وقعت في الحياة وليس في ذلك سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة، وإنما هناك حقائق يجب تقريرها وكشفها طبقا لما يملكه الإنسان من أدلة وإثباتات، أما ما يجب عمله إتجاه هذه الحقائق فهو مجال للسلطة التقديرية و السلطة المقيدة على حد سواء.

وفي واقع الأمر أن هذا القضاء لم يحقق نجاحا أو بالأحرى لم يكن موفقا بحيث أن الوقائع المادية التي يستند إليها القرار الإداري إما أن تكون موجودة فيصح القرار الإداري، و إما أن تكون غير موجودة فيبطل القرار، فالأمر إذن متعلق بتقرير ووجود حقيقة على أرض الواقع، و لا مجال فيه للسلطة التقديرية، والتي يأتي دورها بعد التحقق من الوجود المادي للوقائع و بالتالي ما العمل حيال هذا الدور.

المطلب الثاني: رقابة وقائع القرارات الإدارية من حيث التكييف القانوني

لا يكفي لإقرار صحة سبب القرار الإداري، إستناد الإدارة في إصداره إلى وقائع مادية أو قانونية بل يجب إستفاء تلك الوقائع للشروط التي يتطلبها القانون لتكون مبررا لإتخاذ القرار. وعليه فإن الرقابة القضائية لا تقف عند التأكد من وجود الوقائع، بل تمتد لتنظر في سلامة التكييف القانوني لها[1]، وهذا بعد أن يثبت للقاضي الإداري في المرحلة الأولى **- كما رأينا سابقا -**، وهذا خلال رقابته على سبب القرار الإداري أن الوقائع المادية التي أسس عليها هذا القرار قائمة، فإنه ينتقل مباشرة إلى المرحلة الثانية لرقابة السبب، والتي تنصب على التأكد من سلامة التكييف أو الوصف القانوني الذي أسبغته الإدارة على هذه الوقائع، فإذا كان هذا التكييف أو الوصف سليما من الناحية القانونية، كان القرار الذي إستند إليه صحيح[2].

ولتسليط الضوء على هذه الخطوة من رقابة عنصر السبب فسوف نتعرض إلى ماهية هذا التكييف أو الوصف القانوني، وطبيعة الرقابة المفروضة عليه من قبل القاضي الإداري ومن ثم الإستثناءات الواردة عليه والتي امتنع القاضي من التعرض لها لأسباب تتجلى لنا لاحقا.

الفرع الأول: ماهية الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

أولا: مفهوم التكييف القانوني للوقائع-Qualification juridique des faits-

عندما يطلق المشرع وصفا لحالة معينة أو وقائع مادية محددة، فإن تطبيق هذا الوصف على الوقائع التي تصادف الإدارة و تستلزم تدخلها بقراراتها الإدارية يطلق عليه إصطلاح **"التكييف القانوني".**

عملية التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية بحيث يمكن أن يحمل ويستند القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعا مشروعا لإتخاذه[3].

فالتكييف إذا هو إخضاع الواقع لقاعدة قانونية معينة، أو هو إدراج حالة واقعية داخل إطار فكرة قانونية، وتستلزم عملية التكييف من القائم بها وبمعنى من رجل الإدارة، جهدا مزدوجا يخص جانبي الواقع و القانون.

---

(1) عمري بوفليجة ، المرجع السابق ، ص 126.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 236.

(3) محمود سلامة جبر ، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 28 ، العدد 4 ، 1984 ، ص 113.

فأولا يسعى للتوصل والإنتهاء إلى تخصيص القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد بإعطائها معنى أكثر تحديد وأقل عمومية، وبالتالي يخلص إلى إستخلاص قاعدة تطبيقية من هذا النص العام و المجرد.

ثم يحاول بعد ذلك أن يرفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية النص القانوني وهذا بتجريدها عن طريق إستبعاد كل الجوانب العديمة الجدوى والثانوية، بعدها يعمل على إبراز الصفات الأساسية التي تميز الواقعة فحسب من الناحية القانونية، وبالتالي فبتخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية يمكن التوصل إلى قيام التطابق بين النص والوقائع(1).

وقد يصادف أثناء هذه العملية المستوية أساسا لرجل الإدارة بأن يواجه حالة الخطأ في التكييف القانوني السليم للوقائع المادية أو القانونية **- L'erreur de droit , L'erreur de qualification juridique des faits -** ، وهو خطأه في إسناد الوقائع الثابتة والموجودة إسنادا سليما وصحيحا إلى مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تحكمها وتنظمها، كذلك الخطأ في عملية تفسير هذه القواعد القانونية والتنظيمية بخصوص الوقائع القائمة والثابتة. و بالتالي يكون الخطأ في عملية المقابلة والتخصيص والتجسيد للقواعد القانونية والتنظيمية حتى تنطبق على الوقائع من جهة، والخطأ في عملية تجريد الوقائع حتى تدخل في النظام القانوني الذي يحكمها من جهة أخرى(2).

وعليه إذا ما توافرت أمام القاضي الإداري الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري، ينتقل مباشرة إلى التحقق من أن هذه الوقائع هي التي جعلها القانون سببا لإصدار القرار، وهو بهذا يعتبر بصدد مراقبة الوصف والتكييف القانوني للواقعة بإعتبار الرقابة على التكييف القانوني هي رقابة تفترض حتما أن يسبقها رقابة الوجود المادي.

وتجدر الإشارة أن الأمر لم يكن كذلك في بادئ الأمر حيث كانت عملية التكييف تعتبر مسألة واقعية بحتة، تتضمن مطابقة السبب الواقعي للوصف القانوني، أي تجريد الواقعة و تفسيرها، الأمر الذي يجب أن يترك لتقدير الإدارة وحدها(3)، إلا أن **مجلس الدولة الفرنسي** قرر حقه في بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع على إثر وعند نظره **لقضية قومل-Gomel-**(4) الشهيرة **بحكمه** الصادر بتاريخ **04 أفريل 1914**، حيث ألغى مجلس الدولة بموجب هذا الحكم قرار من **عامل عمالة السين**، والذي يتضمن رفض منح رخصة البناء للسيد **- جوميل -** على أساس الأحكام القانونية **التالية:**

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 210.

(2) عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 551.

Voir aussi: Auby (J-M) et Drago (R) , Traite de contentieux administratif , Tome 2 , 2éme édition , L.G.D.J , Paris , 1975 , P 395 – 400.

أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 189 و ما بعدها.

(3) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 175.

(4) **حكم مشار إليه عند:** - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 552.

لتفصيل أكثر حول وقائع القضية أنظر أيضا: - علي محمود مقلد (مترجم) ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص 182 - 191.

- **المادة 3** من المرسوم **26 مارس 1852** التي تقرر وجوب الحصول على ترخيص مسبق من السلطات الإدارية قبل الشروع في البناء.
- **المادة 118** من **قانون 13 جويلية 1911** المعدل والمتمم **لمرسوم 02 مارس 1952** التي تعطي للسلطات الإدارية المختصة سلطة رفض إعطاء رخص البناء في أماكن **"ذات طابع أثري"**، والأسباب هنا تتعلق بالمحافظة على النظام العام.

ولكن ثبت من خلال عملية التحقيق أن **ميدان بوفو -Beauveau-** الذي أراد السيد **جوميل** أن يبني فيه ليس ذات طابع أثري، ومن ثم فإن عامل عمالة السين قد أخطأ في تكييف وتفسير أحكام النصوص القانونية السابقة على واقعة طلب رخصة البناء من طرف السيد **جوميل.**

ويعتبر حكم **"جوميل"** من أول وأشهر أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي التي قررت مبدأ الرقابة على عملية التكييف القانوني للوقائع عمليا وعلى أثره تواترت وتكاثرت أحكام القضاء التي تقرر ترسيخ هذا المبدأ، ولتحديد أساليب ومناهج وحدود الرقابة القضائية على عملية التكييف القانوني للوقائع[1]، وبات الخطأ في التكييف القانوني حالة من حالات إنعدام السبب و كعيب من عيوب عدم شرعية القرارات الإدارية وكسبب من أسباب الحكم بالإلغاء وإبطال القرار الإداري، وقد إعتبر الفقه أيضا من هذا التاريخ تكييف الوقائع عملية قانونية ولم يعد الأمر متعلقا بتجريد السبب الواقعي، وإنما بمطابقة الوصف القانوني للواقعة[2].

وهذا ما أتبعه واستقر عليه القضاء الإداري المصري من خلال الإشارة إلى أحد **أحكامه** الصادرة عن "المحكمة الإدارية العليا" في **05 جانفي1957** ، **المجموعة س 02** ، **ص 315 والقاضي** بإبطال قرار إداري والمتعلق بفصل موظف لزواجه بعقد عرفي، إذ أعتبر هذا القرار الإداري فاقد لركن السبب، وذلك أن هذا الفعل لا يعتبر إخلالا من الموظف بواجبات وظيفته أو سلوكه الوظيفي[3]، وعليه فرغم تأكد القاضي من إرتكاب الموظف للواقعة محل المسألة التأديبية إلى أنها لا تشكل إثما تأديبيا يبرر جزاء الفصل وهذا هو الخطأ في التكييف القانوني، الذي أدى إلى إلغاء القرار الصادر في حق الموظف.

ولقد أرسى القضاء الإداري الجزائري أسس هذه الرقابة في قضائه وصار للقضاء الحق أن يراقب إلى جانب الوجود المادي للوقائع، **التكييف القانوني التي تضفيه الإدارة عليها**، أي إخضاع الوجود المادي للوقائع لحكم القانون ليقرر ما إذا كانت تتفق مع ما قصد إليه المشرع من عدمه، وهو ما يعني الرقابة على تقدير الإدارة لمدى توافر الوصف القانوني الصحيح و السليم للوقائع التي إستند عليها القرار.

وكان **للقضاء الإداري الجزائري** تطبيقاته لهذا المجال "فالغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى" ألفت العديد من القرارات الإدارية لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع المستندة إليها ومنها:

---

(1) عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 552.

(2) Lino . Diqual , op. cit. , P 168.

(3) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 186.

- قرارات متعلقة بالتأميم -

قرارها الصادر في **قضية تومارون -Thmaron-**[1]، بحيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن **محافظ الجزائر** أصدر **قرار بتأميم أملاك السيد تومارون** تطبيقا للمرسوم الصادر في **01 أكتوبر 1963** و المتعلق بتأميم الإستغلالات الزراعية العائدة لأجانب، إلا أنه أكتشف بعد التحقيق أن أملاك السيد **تومارون** هي مخصصة للاستعمال السكني، و بالتالي **ألغى المجلس الأعلى قرار محافظ الجزائر** لوجود خطأ في التكييف القانوني للوقائع في حكمها الصادر في **16 جويلية 1965.**

وفي قضية مشابهة لسابقتها، **ألغت** "الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى" **قرارا** تم إصداره من **وزير الفلاحة** حيث إستند على نفس المرسوم الصادر في **01 أكتوبر 1963** لإتخاذ عقوبات في مواجهة **الصندوق المركزي لإعادة التأمين و التعاضد الفلاحي (CCRMA)**، إلا أنه على الرغم من أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي إلا أنها لا تدخل في ضمن الإستغلالات الزراعية، وعليه فمن الخطأ تطبيق المرسوم وتم إلغاء القرار نتيجة لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع[2].

- مجال العقوبة التأديبية -

قضت **"الغرفة الإدارية"** أيضا **بعدم الحكم بالإلغاء** في **القضية رقم 42568 قضية -(ب.م.ش) ضد كل من وزير الداخلية و المدير العام للأمن الوطني-**، حيث قضت بعدم الحكم بالإلغاء **لقرار المدير العام للأمن الوطني** الصادر بتاريخ **10 جويلية 1984** والمتضمن **فصل السيد (ب.م.ش)** بصفته **عونا عاما للأمن الوطني بالشلف،** لإخلاله الظاهر والشديد بواجب الطاعة الرئاسية لمناسبة القيام بمهام إلتزامات الوظيفة وهذا بعد طعنه بموجب عريضة أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ **15 نوفمبر 1984**، حيث ثبت للقضاة الوجود المادي للوقائع القانونية للقرار التأديبي وأن التكييف القانوني لهذه الوقائع صحيح وسليم، وعليه رأي قضاء الغرفة الإدارية إن القرار الإداري المطعون فيه مشروع وخال من كافة عيوب عدم مشروعية القرارات الإدارية ولاسيما عيب إنعدام السبب[3]، وما يهمنا في قضية الحال صحة الشق المتعلق بالتكييف القانوني.

كما نجد في أحد أحكام **"مجلس الدولة"** أنه **قضى** في هذا الشأن بتاريخ **22 ماي 2000**، في **- قضية الوكالة الوطنية للآثار و حماية المعالم التاريخية ضد السيد ياهوني كمال -**، و هذا بتأييد **القرار** المستأنف والصادر في **03 يونيو 1997** عن **مجلس قضاء الجزائر - الغرفة الإدارية**[4]**-** والذي قضى بإلزام المدعى عليها بإعادة إدماج المدعي في منصبه الأصلي كسائق

---

[1] H . Bouchahda , Rachid . Khelloufi , Recueil d’arrêts jurisprudence administrative , office publications universitaire , Alger , 1979 , P 9.

[2] **قضية مشار إليها في:** - أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 189.

[3] **قضية مشار إليها في:** - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 560.

[4] قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر ، فهرس رقم 737 ، المؤرخ في 03 يونيو 1997 ، قضية (الوكالة الوطنية للآثار =

للسيارات مع دفع راتبه الشهري، لكون لجنة التأديب لم تصدر رأيها بشأن الموظف المدعى قبل إصدار عقوبة العزل وقد جاء تسبيب مجلس الدولة كما يأتي:

- "حيث أن **المستأنفة،** الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية قامت بتاريخ **26 غشت 1996** بعزل المستأنف عليه بموجب قرار.
- حيث أنها قامت قبل ذلك بتوقيف المستأنف عليه بتاريخ **17 مارس 1996،** وأحالته على لجنة التأديب بتاريخ **29 مارس 1996،** والتي امتنعت عن الإدلاء برأيها.
- حيث أن كان يجب على لجنة التأديب إصدار قرار تجاه المستأنف عليه ثم تبليغه للإدارة لتنفيذه طبقا **للمادتين 123** و **127** في **المرسوم رقم 85/59** المؤرخ في **23 مارس 1985** و **المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية،** وليس السكوت وترك التقدير للإدارة وحدها تتصرف بهواها مما جعلها متعسفة ومتجاوزة لسلطتها وعليه يكون بذلك أن قضاة الدرجة الأولى قد طبقوا القانون، و **يتعين تأييد قرارهم..."**

فالملاحظ هنا أن لجنة التأديب لم تخضع الوقائع لحكم القانون بإصدار قرار **تجاه السيد ياهوني كمال،** ثم تبليغه للإدارة لتنفيذه وهذا وفقا لأحكام **المادتين 123 و 127** من المرسوم السابق ذكره، مما أدى إلى تصرف الإدارة بحرية حول تكييف الوقائع بإجراءات مخالفة للقانون، وهذا ما أدى إلى إلغاء القرار الإداري هنا.

- مجال نزع الملكية -

كما أنه توجد **"أحكام للغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا"،** تقتضي بإلغاء قرارات إدارية مشوبة بخطأ التكييف القانوني والمتعلق بنزع الملكية.

منها **القرار رقم 37404** والصادر بتاريخ **29 ديسمبر 1989**[1] في **- قضية فريق (ع) ضد والي ولاية تيزي وزو -** حيث قضى بأنه: "من المقرر قانونا أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يعود للأشخاص العامة المعنوية ومختلف الهيئات في إطار إنجاز عمليات معينة طبقا لما هو محدد فيهما لأجل المنفعة العمومية، ومن ثم فإن هذه الطريقة في إكتساب العقارات أو الحقوق العينية العقارية لا تستخدم إلا في فائدة الكيانات الأنفة الذكر وليس لصالح هيئات المداولة بها، ولما كان ثابت في قضية الحال أن **قرار والي تيزي وزو** نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي، فإن النص على إستفادة مقررة لصالح هيئة تداولية إشتمل على خطأ قانوني ..."، **مما إستوجب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان.**

= و حماية المعالم التاريخية) ضد (السيد ياهوني كمال) ، غير منشور.
[1] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 37404 ، المؤرخ في 29 ديسمبر 1989 ، قضية فريق (ع) ضد (والي ولاية تيزي وزو) ، المجلة القضائية ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1990 ، ص 206.

ومن خلال ما سبق عرضه من أحكام نلاحظ بوضوح مدى إتساع سلطات القاضي الإداري في رقابته على صحة التكييف والوصف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الجزائري، كما أن هذه الرقابة كانت شاملة لجميع وغالبية صور القرارات الإدارية.

ثانيا: الطبيعة القانونية لرقابة التكييف القانوني للوقائع

من المسلم به أن تكييف الوقائع هو عملية قانونية تقع في نطاق الاختصاص المقيد وعليه تنعقد الرقابة كاملة للقضاء الإداري، فبعد أن يتحقق القاضي من صحة قيام الواقعة ينتقل إلى بحث صحة التكييف القانوني لها وبذلك يضع الواقعة والقانون على صلة.

كما أن "رقابة التكييف" سبقت في ظهورها "رقابة قيام الواقعة" وذلك بإعتبار أن الخطأ في التكييف يمثل خطأ في القانون، وترتيبا على ظهور الغلط كوسيلة متميزة للطعن بالإلغاء في نهاية القرن التاسع عشر، وإذا كانت عملية التكييف القانوني لا يمكن فصلها تماما عن تقدير تحقق الوقائع إذ أن كلا منهما يمثل أحد عنصري الإسناد والتطابق لذا وجد القضاء نفسه مسوقا إلى رقابة التحقق من الوجود المادي للوقائع أولا ومن ثم الانتقال إلى رقابة صحة التكييف والوصف القانوني لهذه الوقائع.

وعليه فكل هذا أدى وشجع على القول بأن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع هي رقابة قانونية لأن مبتغاها حل مشكلة قانونية[1].

والملاحظ من خلال هذا القول **-لأول وهلة-** أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عند تصديه لفحص تكييف الإدارة للوقائع هي رقابة مشروعية إذ يقتصر دور القاضي في هذا الفحص في إجراء مقابلة بين الوقائع و نصوص القانون وبالتالي وضع الواقعة و القانون على صلة، والتأكد بعدها من أنهما متطابقين أم لا وبالتالي التأكد من سلامة عنصري السبب الذي إستندت عليه الإدارة في إصدار القرار الإداري.

غير أن بعد إستقرار هذا النوع من الرقابة في كل من فرنسا وتابعه في هذا الفكر كل من مصر و الجزائر، وهذا على اثر **حكم -Gomel- الشهير في 04 أفريل 1914**، ثار **تساؤل** حول طبيعة هذه الرقابة هل هي رقابة مشروعية أم رقابة ملائمة؟

فقد ذهب **العميد هوريو** في تعليقه على **حكم -Gomel- في 25 مارس 1917** على أن هذا الإتجاه يخرج القاضي عن رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة[2]، ومعنى إتجاه هوريو أن دور القاضي هنا يتعدى مجرد فحص الشرعية ليشمل إلى جانبها ممارسة نوع من الرقابة الخلقية على أعمال الإدارة.

---

[1] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 254 و ما بعدها.

[2] Lino . Diqual , op. cit. , P 168.

وعلى الرغم من أن **"نظرية هوريو"** عن **"الرقابة الخلقية"**[(1)] لم تجد تأييدا من غالبية الفقه الإداري إلا أن الإشكال حول الطبيعة القانونية للرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع مازال قائما و لازالت هذه الطبيعة تثير جدلا في الفقه الحديث.

ففي سبيل إنزال القاضي حكم القانون على الواقعة التي إستند إليها قرار الإدارة بعد تأكده من ثبوتها، وهو بصدد التكييف القانوني للوقائع يتبع أحد الطريقتين[(2)]**:**

1- إما أن يتناول الواقعة بالتكييف لمعرفة مدى تطابقها مع القانون.
2- و إما أن يعالج القانون بالتفسير لمعرفة مدى إنطباقه على الواقعة.

فإذا ثبت للقاضي عدم صحة التكييف في الحالة الأولى أو عدم تطابقه مع القانون في الحالة الثانية، تجسد له الخطأ في التكييف والوصف القانوني للوقائع.

إضافة إلى أنه يوجد من الأفكار القانونية ما تكون واضحة بطبيعتها **مثل** فكرة "ألعاب القمار" المحرمة، إلا أن هناك من الأفكار ما يصعب ويستحيل تحديدها إلا من خلال الفحص الشامل لظروف الحالة الواقعية بحيث لا يمكن الفصل بينهما، فيختلط التكييف بتقدير الوقائع في مثل هذه الحالة و **مثال ذلك** فكرة "الموقع الأثري" وفكرة "الخطأ التأديبي"[(3)]، ولكي يتوصل القاضي الإداري هنا إلى تطبيق هذه النصوص وتأسيس القرار الإداري عليها، فإنه يقوم بتحديد معالم الفكرة الواردة في تلك النصوص حتى يمكنه التأكد من أن الوقائع التي إستندت إليها الإدارة تندرج فعلا في إطارها، فيقوم بالتحقق من **توافر الطابع الأثري مثلا** في موقع معين حتى يكون جديرا بحماية المشرع، وهو ما قد يؤدي إلى مخالفة الإدارة في تقديرها[(4)].

وعليه ففي الحالة الذي يكون فيها القاضي الإداري يعالج القانون بالتفسير لمعرفة مدى إنطباقه على الواقعة أو بالتحقق لتحديد معالم فكرة ما تكون غامضة من خلال الفحص الشامل لظروف الحالة الواقعية مما يؤدي إلى مخالفة الإدارة في تقديرها، فيصعب القول هنا أن القاضي الإداري مازال داخل نطاق رقابة الشرعية، وهذه هي حجة الجانب الفقهي الذي يرى بأن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عند تصديه لفحص تكييف الإدارة للوقائع هي رقابة ملائمة لا رقابة مشروعية، وهذا بالدرجة الأولى كون القاضي يقوم بإحلال تقديره الشخصي و الذاتي محل تقدير الإدارة ومن أنصار هذا الرأي **الفقيه دوبيسون -Dubisson-.**

غير أن جانب من الفقه يرى العكس، فالرقابة التي تنصب على فحص تكييف الإدارة للوقائع بنظره لا ترقى إلى أن تغدو رقابة ملائمة، بل تبقى رقابة مشروعية، فبالرغم من تدخل

---

(1) **لتفصيل أكثر حول "الرقابة الخلقية" أنظر:** - سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة ، المرجع السابق ، ص 104 و ما بعدها.
(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للقرارات الإدارية في الفقه و القضاء ، المرجع السابق ، ص 132.
(3) عمري بوفليجة ، المرجع السابق ، ص 126 – 127.
(4) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 210.

القاضي في التقدير المخول للإدارة وإقترابه من حدود الملائمة المتروك تقديرها لها، إلا أن عملية التكييف القانوني هي عملية قانونية تقع وفقا لقواعد القانون، ودور القاضي في هذه الحالة هو مراقبة تقدير الإدارة أو بالأحرى تفسيرها لإرادة ومقاصد المشرع ليس إلا، و له أن يحل تقديره أو تفسيره لإرادة المشرع - أي تفسير القانون لمعرفة مدى إنطباقه على الواقعة - محل تقدير وتفسير الإدارة، ومن ثم تبقى رقابة القاضي في إيطار المشروعية بالرغم من تداخل مسألة تقدير الملائمة فيها(1).

وهذا ما حاول تفسيره **الأستاذ "مارسيل فالين"** بإدراج هذه الرقابة داخل إطار رقابة المشروعية وذلك باللجوء إلى فكرة **"الطائفة القانونية"** إذ أن عملية التكييف كما أوضح هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، بمعنى أن القانون قد أوجد طائفة قانونية من القرارات الإدارية كلما قام بترتيب أثار معينة على وجود مركز أو حالة واقعية معينة بالذات، مثلها فكرة الخطأ التأديبي السابقة الذكر فهي طائفة قانونية مستقلة - وينطبق الوصف على فكرة الموقع الأثري أيضا - أوجدها المشرع بالنصوص التي تبيح للإدارة توقيع جزاءات معينة عند حدوث هذه الأخطاء، وعلى القاضي حتى يتوصل إلى تطبيق هذه النصوص عليه أن يقوم أولا بتحديد معالم هذه الطائفة(2).

وبإسقاط وجهة و رأي فالين على فكرة الموقع الأثري، نجد أنه من أجل تحقق القاضي الإداري من توافر الطابع الأثري من عدمه، يمكن القول أن النصوص القانونية التي خولت لجهة إدارية ما سلطات معينة لحماية المواقع الأثرية قد أوجدت طائفة قانونية لفكرة المواقع الأثرية تجمع كل الحالات الواقعية التي تندرج تحت هذه التسمية، وعليه فالقاضي الإداري عندما يقرر توافر الطابع الأثري في موقع معين فهو يصدر في ذلك ليس تقدير ذاتي أو شخصي وإنما في ضوء البحث عن القصد الذي أراد المشرع تحقيقه بإضفاء حمايته على المواقع ذات الصفة الأثرية.

وبعبارة فان القاضي لا يحكم على مدى فاعلية إجراءات الإدارة لحماية المواقع الأثرية و هل من الملائم حمايتها، وإنما يقتصر بحثه على تحديد مدى توافر الطابع الأثري في ذلك الموقع حتى يكون جدير بالحماية.

ولإمكانية ترجيح الجانب الفقهي الأقرب إلى الأصح حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من الرقابة يتطلب منا التمعن في **"مفهوم مصطلح الملائمة"**، فالمسلم به أن الملائمة غالبا ما تكون مرتبطة بالإختصاص التي تمارس به الإدارة سلطة تقديرية، ولعل هذا ما دفع بعض الفقه إلى مساواة مصطلح الملائمة مع مصطلح السلطة التقديرية، ولكن مما شك فيه أن ثمة إختلاف

---

(1) Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 396.
Voir aussi: - Rousseau (D) , op. cit. , P 401.

(2) عبد الفتاح عبد الحليم البار ، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، مجلة العلوم القانونية ، السنة 37 ، العدد 02 ، القاهرة ، ديسمبر 1995 ، ص 115.

بينهما و لا يعبران عن مفهوم واحد[1] وهذا بالرغم من وجود إرتباط بينهما، إلا أن الملائمة تعني أن الإختصاص الذي يمارس بناءا على سلطة تقديرية وكان مناسبا أو موافقا للزمان و المكان و الظروف و الإعتبارات المحيطة به، وسنتطرق إلي هذه الفكرة بالتفصيل فيما بعد.

ومن هنا يمكن أن نخلص إلى الطبيعة القانونية للرقابة على التكييف القانوني للوقائع، بأنها رقابة ملائمة وليست رقابة مشروعية. وبالتالي يمكن إعتبار القاضي إلى جانب قاضي مشروعية على أنه قاضي ملائمة أيضا، ففي رقابة القاضي **مثلا** على قرارات الضبط الإداري، تعتبر تقدير شرعية الإجراءات الضرورية للمحافظة على النظام العام، بمعنى التحقق أولا من أنه هناك إنسجام ما بين الواقعة التي حصلت والوصف القانوني الذي أضفاه المشرع على سبب الإجراء الضبطي من جهة وفحص الوسائل التي تستخدمها سلطات الضبط الإداري من جهة أخرى[2].

وعليه فقد يقر القاضي الإداري بأن هذا الوصف القانوني والذي أضفاه المشرع، أخطأت الإدارة في تحديد مضمونه المشروط بوقائع ملزمة قانونا مراعاتها، وأن إستعمال هذه الوسائل المخولة لهل غير مبررة، كما يمكن للقاضي أن يقرر عدم صحة التقدير في التكييف ولو كانت هذه الشروط المتعلقة بإجراءات ممارسة سلطة الضبط الإداري غير محددة قانونا كما في حالة السلطة التقديرية دون إعتبار ذلك خروجا للقاضي عن حدود مهمته في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة، إلا أنها تدخل في خط تماس الملائمة، وهذا لإحلال تقدير القاضي حول تكييف الوقائع محل تقدير الإدارة التي كيفتها قبلا وهي بصدد إتخاذ القرار.

ونضيف بأن سلطة القاضي بصدد بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع ليست بذاتها سلطته في التفسير، فعملية التكييف أوسع بكثير من سلطة التفسير، وهذا لما تتطلبه عملية التكييف من حرية أوسع في تقدير الوقائع، حتى يتمكن القاضي من التوصل إلى تحديد القاعدة القانونية التي تحكمها - تحكم الواقعة - وهذه التقديرات هي التي تفتح الباب أمام رقابة الملائمة و تجاوز الحدود الفاصلة بينها وبين المشروعية بإتجاهها بالطبع، بحيث تقوم رقابة الملائمة في كل مرة يكون فيها إحلال القاضي لتقديره الذاتي والشخصي محل تقدير الإدارة[3].

وعليه فالرأي الراجح لا يتفق مع الفقه الذي يرى أن رقابة التكييف القانوني للوقائع هي رقابة مشروعة، أو أنها رقابة تقع على خطوط التماس مع رقابة الملائمة، فهي بكل بساطة رقابة ملائمة لأنه للقاضي أن يحل تقديره الذاتي والشخصي محل تقدير الإدارة، وهذا ما يتفق مع رأي العميد هوريو من خلال تعليقه على **حكم -Gomel-** نقطة بداية قيام إشكالية الطبيعة القانونية.

---

(1) حاجة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 76.
(2) مصلح ممدوح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 305 – 306.
(3) حاجة عبد العالي ، المذكرة نفسها ، ص 77.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على رقابة التكييف القانوني للوقائع

بالتطرق إلى الإستثناءات الواردة على رقابة التكييف القانوني للوقائع وكأنما هي إستثناءات واردة على قاعدة والقاعدة هنا هي - رقابة التكييف - فالقاعدة تعددت المجالات فيها التي قرر القضاء الإداري فيها بسط هذا النوع من الرقابة عليها ومن أهم هذه المجالات وفقا لأحكام مجلس الدولة الفرنسي[1]**:**

1- الرقابة على صحة تكييف الإدارة للوقائع التي تتخذها سببا للقرار التأديبي والتحقق من أن هذه الوقائع تتوافر لها صفة الخطأ التأديبي التي تسمح بتوقيع الجزاء، كما بسط القضاء الإداري الفرنسي هذه الرقابة كذلك على قرارات السلطة الإدارية المختصة بالسماح لأرباب العمل بفصل الأجراء لديهم إذا تبين إرتكابهم أخطاء تأديبية ذات خطورة كافية **Faute-d'une gravité suffisante-** ، كما أنها إمتدت **- حديثا -** لتشمل كذلك تقدير التصرفات التي تتم خارج إطار مباشرة الوظيفة وتكيف هذه التصرفات على أنها أخطاء تأديبية تستحق توقيع الجزاء بخطورتها الكافية.

2- الرقابة على مدى توافر صفة **"الإباحية"** في المواد التي تنشرها الجرائد والمجلات، التي يجيز القانون منع بيعها أو الإعلان عنها للأشخاص **ما دون 18 سنة.**

3- الرقابة على صحة تكييف الوقائع التي تستند إليها الإدارة وتوصف بأنها تتنافى مع **"الشرف و الأمانة"** أو **"حسن الخلق"** بصدد المسائل التي تستلزم فيها النصوص القانونية توافر شروط أو صفات أخلاقية معينة ليتمتع الشخص عندها بمركز قانوني معين **مثل:** التعيين في بعض الوظائف، التجنس، منح الأوسمة.

4- الرقابة على مدى توافر صفة **"عائل الأسرة"** بصدد أداء الخدمة الوطنية العسكرية، بحيث يعفي القانون إذا كان التكليف بأدائها يلحق أضرار إجتماعية خطيرة بمن يرعاهم، والتأكد من وجود هذه الحالة الإجتماعية الاستثنائية.

5- الرقابة على تكييف **"الأفلام السينمائية"** بأنها منافية للأخلاق.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يرفض أحيانا **- على سبيل الإستثناء -** الرقابة على تقدير السلطة الإدارية للوصف القانوني للوقائع أو تكييفها وذلك بصدد بعض القرارات، وهذا ما إتبعه القضاء الإداري المقارن في كل من مصر و الجزائر، فإذا كانت رقابة الوجود المادي للوقائع لا يفلت منها قرار إداريا أيا كان موضوعه ومهما كانت طبيعة وحدود سلطة الإدارة في إصداره كما رأينا سابقا، فإن رقابة التكييف القانوني للوقائع على عكس من ذلك.

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 211 و ما بعدها.

إذ يرد على مبدأ خضوع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري للتأكد من صحة تكييفها القانوني إستثناء ينطوي على إخراج طائفة من تلك القرارات من نطاق هذه الرقابة وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لهذه القرارات[1]، إضافة إلى الأخذ ببعض الإعتبارات العملية التي يفضل القاضي الإداري معها أن يترك للإدارة أمر تكييفها وتقدير ملائمتها دون أن يعقب عليها، و يقسم الفقه هذه القرارات المستثناة عن قاعدة الرقابة إلى **مجموعتين*:**

1- القرارات الإدارية ذات الطبيعة "الفنية و العلمية البحتة".

2- بعض قرارات الضبط الإداري "الخاصة بإبعاد الأجانب".

أولا: القرارات الإدارية ذات الطبيعة الفنية و العلمية البحتة

هي مجموعة من القرارات التي تتسم وتتميز بطابع علمي معقد حيث يجد القاضي الإداري نفسه عاجزا عن مباشرة الرقابة عليها بنفسه دون الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم و الفنيون، ولذلك فإنه بدلا من رفض الرقابة عليها أو التظاهر بمباشرتها، يفضل أن يترك تقدير هذه القرارات للإدارة ذاتها، بإعتبارها الأكثر قدرة بما تملكه من أجهزة علمية وفنية ورجال مختصين في مجالات العلوم المختلفة، وهذا ما يمكنها من إجراء التكييف الصحيح والسليم قانونا للوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري[2]، وعليه فقرار الإدارة ذو الطبيعة العلمية و الفنية هو كل قرار إداري يحتاج التأكد من صحة تكييفه القانوني لبحث علمي وفني يخرج عن قدرة وإمكانيات ومعرفة القاضي الإداري، الأمر الذي أدى إلى إمتناعه عن تلك الرقابة، مكتفيا ببسط الرقابة عليه في حدها الأدنى والمتمثل في رقابة الوجود المادي للوقائع وصحتها القانونية دون التطرق إلى رقابة تكييفها وصحتها القانونية[3].

ولعلى أشهر التطبيقات القضائية لهذا النوع من القرارات **"تقدير درجات الامتحان"** حيث ذهبت "محكمة القضاء الإداري" في مصر إلى أن التصحيح وتقدير درجات الإجابة عملية فنية بحتة، لا يجوز أن تخضع لرقابة القضاء الإداري حتى لا يؤدي ذلك إلى التدخل في أمور فنية تقديرية هي من إختصاص القائمين على أمر التصحيح، ثم لا يجوز للقضاء أن يحل محل أعضاء الهيئة العلمية الذين يقومون بهذا العمل، وقد قصر القضاء رقابته في هذا الشأن على التأكد من عدم وجود خطأ مادي في صحة رصد وتجميع الدرجات **- النقاط -** التي قدرت

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، المرجع السابق ، ص 160.
أنظر أيضا: - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 554.

* يضيف جانب من الفقه إليها "مجموعة ثالثة" من القرارات المتصلة بالوظيفة العامة ، **أنظر في ذلك:** - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 397.

(2) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 215.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع نفسه ، ص 160 – 161.

للإجابات أو إشتمال ورقة الإجابة على أجزاء لم يتم تصحيحها، أو كانت عملية التصحيح بذاتها مشوبة بعيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها[1].

وكل هذا حتى لا يؤدي ذلك إلى تدخل القضاء في أمور فنية هي من إختصاص الجهة الإدارية كما يستند هذا القضاء إلى إعتبار عملي مفاده أن السماح بإعادة التقدير من شأنه فتح الباب لإقامة عدد ضخم من الدعاوى القضائية، طلبا لإعادة التصحيح مما يثقل القضاء ويعوقه عن أداء دوره[2].

وللتوضيح أكثر يمكن أن نسوق مثالا أخر لموقف القضاء الإداري المصري في هذا الشأن أو هذه المجموعة، فرأي أو تقارير اللجان العلمية المتخصصة في الجامعات، والذي يتأسس عليه العديد من قرارات مجالس الجامعات وخاصة تلك المتصلة بمنح الشهادات الجامعية سيما العليا منها مثل الدكتوراه، وتلك المتعلقة بترقية أعضاء هيئات التدريس بها أو تعيينهم.

فمن المعلوم أن مهمة اللجان العلمية هي التحقق من توافر شروط الكفاءة العلمية في المرشح، وذلك بفحص إنتاجه العلمي وتقرير ما إذا كان جديرا بأن ترقى به أبحاثه إلى المستوى المطلوب، إذا فالقانون حدد لهذه اللجان إختصاصا وحيدا هو تقدير الأبحاث من الناحية العلمية فقط وتقرير صلاحيتها من عدمها، كما أن معظم أحكام القضاء الإداري انتهت إلى تحديد طبيعة التقارير الصادرة عن تلك اللجان بأنها من قبيل وضمن الآراء الإستشارية - رغم وجود أحكام تحدد هذه الطبيعة بغير ذلك -، وعليه فالقضاء الإداري في مصر لم يتردد لحظة حول الإعتراف للجان العلمية بسلطة تقديرية واسعة في مباشرة عملها، فقد **قضت** "المحكمة الإدارية العليا" في **حكمها** الصادر في **9 ديسمبر 1973 - قضية 810 لسنة 13 ق، المجموعة السنة 19، ص 74-** "من المقرر أن اللجنة العلمية تستقل بتقسيم الأبحاث بما لها من سلطة تقديرية في هذا الشأن والتي لا تخضع عناصر التقدير فيها للرقابة القضائية، و إلا انقلبت رقابة القضاء إلى مشاركتها في سلطة اللجان العلمية"[3].

وعليه نخلص إلى أنه لا توجد رقابة على تقديرات وتكييفات أراء و تقارير اللجان العلمية التي يستند عليها مجلس الجامعة غالبا على الرغم من عدم وجوبية إلتزامه بها، وهذا لكون مهام اللجان العلمية وسلطاته من المسائل ذات الطبيعة العلمية والفنية البحتة التي يقف القاضي الإداري أمامها عاجزا مكتوف الأيدي لخروجها عن نطاق قدرة إستيعابه ودرجة معرفته و تكوينه.

---

[1] نواف كنعان ، المرجع السابق ، ص 344 – 345.
أنظر أيضا: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، 240.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفذه ، المرجع السابق ، ص 163.

[3] **لتفصيل أكثر أنظر:** - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 232 و ما بعدها.

أما في القضاء الإداري الجزائري، فنجد أن "الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا" قد أكدت بعض تطبيقاتها من خلال قراراتها، الإمتناع عن رقابة الإدارة فيما يخص المسائل الفنية و العلمية وخاصة في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية، حيث نجد **الغرفة** نفسها عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملاءمة إختيار الأرض محل نزع الملكية دون الإستعانة بخبراء في هذا المجال، ودون أن تتدخل في المجال التقديري الممنوح للإدارة وهذا ما يؤكده **قرار** "الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا" **رقم 66960** الصادر في **21 أفريل 1990**[(1)] الذي **قضت** فيه بقولها "من المستقر عليه قضاءا أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملاءمة إختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة، و من ثم النفي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله.

[(1)] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 66960 ، المؤرخ في 21 أفريل 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992 ، ص 158.

ثانيا: قرارات الضبط الإداري

هذه المجموعة الخاصة بقرارات الضبط الإداري وتتصل مباشرة بسلامة الدولة والمحافظة على أمنها، وتتعلق أساسا بقرارات "تنظيم نشاط و إقامة الأجانب"، و "الجمعيات الأجنبية" و "المطبوعات الأجنبية"، حيث تقتضي المصلحة العليا للدولة أن يترك للإدارة بشأنها سلطة تقديرية أكثر إتساعا[1]، ومن التطبيقات التي توضح هذا القضاء، ففي مسائل الضبط المتعلقة بالأجانب، لا يتجاوز "مجلس الدولة الفرنسي" في رقابته مادية الواقعة، وهذا ما أستقر عليه قضاؤه فيما يتعلق بمنع دخول الأجانب وإقامتهم وتقييد الإقامة بالنسبة لهم أو إبعادهم وطردهم من **أراضي فرنسا**[2]، واتبع المجلس نفس المسلك في المسائل المتعلقة بحل الجمعيات وسحب الترخيص الممنوح لهم والمكونة هذه الأخيرة في فرنسا من الأجانب، وكذلك منع توزيع أو ترويج المطبوعات الأجنبية من جرائد ومجلات وكتب[3].

ويرجع عزف "مجلس الدولة الفرنسي" عن رقابة التكييف والوصف القانوني لهذا النوع من القرارات الضبطية رغبة منه في تحقيق المصلحة العامة للدولة وهذا ما يقتضي أن يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن.

وللتوضيح أكثر فمثلا قد تصدر الإدارة قرارا بإبعاد أحد الأجانب عن البلاد لإعتبارات تتعلق بالمحافظة على الأمن العام، فإذا ما طعن على هذا القرار بالإلغاء، فإن نطاق رقابة القاضي على مشروعيته تقتصر على التأكد من أن الأجنبي إرتكب ما نسبته إليه الإدارة من عدمه، بمعنى أن هذه الرقابة لا تمتد لبحث ما إذا كان ما أرتكبه الأجنبي يمثل إخلال بالأمن العام، حيث يدخل هذا الوصف في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، التي لا تخضع في ممارستها لها لرقابة القضاء[4]، وهذا ما قررته "المحكمة العليا" في **مصر** بأن الإدارة تتمتع بسلطة عامة مطلقة في تقدير شروط ومناسبات إقامة أو عدم إقامة الأجانب في حدود ما تراه متفقا مع الصالح العام، فلا تلتزم بالسماح له بالدخول وبمد إقامته إلا إذا كان القانون يرتب له حقا من هذا القبيل والشروط التي تقدرها الإدارة فإن لم توجد، وجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الأعذار التي يتعلل ويتمسك بها، حتى و لو لم يكن له سبب يدل على خطورته، كما اتبعت نفس المنهج في مسائل الترخيص في "حمل السلاح" فترخص الإدارة في ذلك بناء على ما تطمأن إليه من إعتبارات التي تقدرها وتزنها والبيانات والمعطيات المتحصلة لديها[5].

وعليه فالملاحظ من خلال الإستثناءات الواردة في "**المجموعتين**" أن القضاء الإداري ومنذ نشأنه كان يمتنع عن مراقبة عملية التكييف والوصف القانوني للوقائع، واكتفائه بمراقبة مدى

---

(1) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 214.

(2) بو قريط عمر ، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري بشير بقسنطينة ، 2006 – 2007 ، ص 112.

(3) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 395 و ما بعدها.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 242.

(5) محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 188 – 189.

الوجود المادي للوقائع فقط وهذا بالنسبة للقرارات التي تدخل في نطاق المجموعتين، وهذا ما يجد تفسيره بشكل واضح في أساس ومبررات السلطة التقديرية نفسها، بحيث أن القاضي الإداري لا يتمتع بالقدر الكافي من الخبرة والتجربة والمعرفة التي تمكنه من إستنباط كافة الضوابط الإدارية التي تحكم سير العمل بالإدارة بينما يتمتع رجال الإدارة عادة بتلك الخبرة و التجربة والمعرفة بحكم طبيعة عملهم ووجودهم الدائم وعلى مدار الساعة في الحياة اليومية للنشاط الإداري.

ولكن بالرغم من إعتراف القضاء الإداري الفرنسي للإدارة بصدد القرارات المشار إليها في المجموعتين، بسلطة تقديرية واسعة وإمتناعه عن رقابة تقدير الإدارة بشأن التكييف والوصف القانوني للوقائع التي تقوم عليها، إلا أنه - القضاء الإداري الفرنسي - رأى أن هذه السلطة التقديرية الواسعة لا تمنعه من إعادة بسط الرقابة عليها في حالة إرتكاب خطأ واضح أو ظاهر في التقدير وهذا إبتداءا من **سنة 1961**، إذ صارت حالة إرتكاب خطأ واضح أو ظاهر في التقدير من أهم **النظريات** التي إنتهجتها سياسة "مجلس الدولة الفرنسي" خلال السنوات التالية **لسنة 1961** للحد من السلطة التقديرية للإدارة، ومن أهم الوسائل كذلك التي تمكن المجلس من طرح رقابته عليها، ألا وهي "نظرية الخطأ الظاهر في التقدير"، التي سنتعرض لتوضيحها لاحقا بالتفصيل.

وفي الأخير **نفهم و نخلص** مما سبق التعرض إليه في الفرع الأول و الثاني بأن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع والذي يفترض فيها حتما أن يسبقها رقابة الوجود المادي للوقائع، بأنها "**رقابة الحد أو المستوى العادي و الطبيعي**" التي يبسطها القضاء الإداري على عنصر السبب، وبالتالي التمكن من إحكام الرقابة على سبب القرار باعتبار أنه لا يكفي في كثير من الأحيان توافر الوقائع التي يقوم عليها القرار المطعون فيه، فيمد القاضي رقابته إلى تكييف الإدارة لهذه الوقائع، بحيث يتسنى للقضاء الإداري في حالة مخالفة الإدارة للتكييف والوصف القانوني الصحيح للوقائع، بأن يحكم بإلغاء القرار الإداري نتيجة الخطأ في القانون.

وبالتالي أعتبرت الرقابة على التكييف القانوني للوقائع المرحلة الثانية لرقابة السبب و الخطوة الثانية للحد من السلطة التقديرية للإدارة، وبذلك أضاف قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد **حكم -Gomel- الشهير سنة 1914** قيد آخر يضاف إلى القيد السابق للحد من سلطة الإدارة التقديرية، خاصة بعد تحرره من الإستثناءات الواردة في المجموعتين والتي تخرج هذه الرقابة من نطاقها على إثر ظهور نظرية الخطأ الظاهر **سنة 1961** بعد **حكم لاقرانج - La Grange -** وهذا ما اتبعه فيه القضاء الإداري المصري و الجزائري منذ النشأة بل أن القضاء المصري كان سباقا في فرض هذا النوع من الرقابة في مجال تناسب الخطأ التأديبي مع العقوبة التأديبية، وسوف نتعرض بالتفصل لاحقا إلى هذه النظرية وإلى كيفية التحرر من هذه الإستثناءات، كما تمكن **فقهاء و شراح القانون الإداري** على إثر هذه الرقابة ولأول مرة من

إثبات أن القاضي الإداري قد يتجاوز حدود قضاء المشروعية ليصبح قاضي ملاءمة بإمكانه أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة.

المبحث الثاني: الأساليب القضائية الحديثة لتوسيع نطاق الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة

دفعت التطورات السريعة والمتلاحقة للنشاط الإداري للدولة الحديثة في المجالات والميادين المختلفة بمجلس الدولة الفرنسي إلى توسيع نطاق رقابته القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في سبيل مواكبة هذه التطورات والتصدي للإنحرافات والتجاوزات التي قد ترتكبها الإدارة في حق الأفراد، واضعا في الحسبان تحقيق توازن معقول بين المصلحة العامة من جهة وحقوق الأفراد وحرياتهم من جهة أخرى.

وقد أسفر ذلك في العقود الأخيرة من القرن الماضي، من إبتكار المجلس لأساليب حديثة فنية يفرض بها رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية، وتبلور ذلك في نظريتين أساسيتين هما: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

وقبل أن نشرع في دراسة النظريتين، يتعين علينا أن نتطرق أولا إلى الخطوط العريضة لرقابة التناسب ومحاولة ضبطها في نطاق رقابة القضاء الإداري على التقدير الإداري، كي نتمكن بعد ذلك من إلقاء الضوء على الملامح العامة لتلك النظرتين، واللتين يجمعهما رابط هذه الرقابة - رقابة التناسب -، بإعتبارهما تجديدا قضائيا في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، جوهره فكرة و رقابة التناسب.

المطلب الأول: رقابة الملاءمة للوقائع و رقابة التناسب

- Contrôle l’opportunité et Contrôle de proportionnalité-

تجدر الإشارة قبل التطرق إلى دراسة هذا المطلب - رقابة الملاءمة للوقائع - إلى أن جانب من الفقه الإداري يفرق بين أكثر من مستوايين للرقابة، حيث يضيف مستوى ثالث أي "مرحلة ثالثة لرقابة السبب وبالتالي خطوة ثالثة للحد من السلطة التقديرية" وهو ما يتصل بالرقابة على "أهمية و خطورة السبب" ومدى تناسبه مع "محل القرار المتخذ على أساسه" وهذا ما **سماه الفقه "برقابة الملاءمة بصدد عنصر السبب"**، غير أن جانب من الفقه رأى أن هذا المستوى الأخير -**الثالث**- ينصب على العلاقة بين عنصري السبب و المحل، بل وهو أقرب إلى رقابة

عنصر المحل منه إلى رقابة عنصر السبب، حيث يقضي القضاء الإداري أيضا في مثل هذه الحالة بإلغاء القرار الإداري لمخالفة القانون[1].

ومن ثم يكون من المنطقي في إيطار دراسة رقابة الملاءمة للوقائع -رقابة التناسب- أن تتم دراسة رقابة القرار الإداري من حيث مدى كفاية السبب لتبرير محل القرار المطعون فيه من خلال ربطه بعنصر المحل وليس السبب، و إن كان ذلك لا يعني كذلك إنفصال هذا المستوى من الرقابة **- الرقابة القصوى-*** عن سابقيه، من رقابة الوجود المادي للوقائع و رقابة التكييف والوصف القانوني لها، كل ما في الأمر أننا ندرس هذه الرقابة تحت عنوان**: "الأساليب القضائية الحديثة في الرقابة على مباشرة السلطة التقديرية"**، بحيث تصلح في هذه الحالة إتباع المنهج القائم على التمييز بين مستويات تلك الرقابة وتصنيف المستوى الثالث في إيطار الرقابة على عنصر المحل وليس السبب بمعنى أن المستويين السابقين**: - الرقابة الدنيا و الرقابة العادية الطبيعية -** يعتبران من الأساليب التقليدية التي فرضت لأول مرة للرقابة والحد من السلطة التقديرية للإدارة في حين المستوى الثالث- الرقابة القصوى- تعتبر من الأساليب الحديثة وهذا بإجماع الفقه الإداري.

لم يمضي وقت طويل على ظهور واستقرار رقابة التكيف القانوني حتى بادر مجلس الدولة الفرنسي في إتخاذ خطوة ثالثة جريئة إلى الأمام محاولة منه لوضع قيد جديد على السلطة التقديرية للإدارة، إذ بعد أن إنتهى إلى وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة سببا للقرار وصحة تكييفها قانونا، بحثا في تقدير الإدارة لأهمية و خطورة السبب - تلك الوقائع - و مدى التناسب بينها و بين الإجراء المتخذ على أساسها[2].

فإن كان الأصل العام في الرقابة القضائية على قرارات السلطة الإدارية هو قصرها على التأكد من الوجود المادي للوقائع - المكونة لسبب القرار- والتي إتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها، وصحة التكيف القانوني لهذه الوقائع أو ما يسمى بالرقابة على التكيف القانوني للوقائع، إضافة إلى عدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى القاضي في ذلك إلى البحث في أهمية و خطورة الوقائع - التي قدرتها الإدارة - وتقدير هذا القاضي لمدى التناسب بينها و بين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، و إلا أعتبر القاضي الإداري خارج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري إذ لا خلاف على إنفراد الإدارة بتقدير خطورة و أهمية الوقائع حسبما تستقر عليه عقيدتها.

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 188.

* إذا كان الفقه الفرنسي و المصري في مجموعة يفرق بين مستويات الرقابة الدنيا و العادية و القصوى، فإن هناك من يضيف إليها درجة رابعة من مستويات الرقابة و هي "الرقابة الوسطى" و التي تتمثل في رقابة القضاء على مدى دخول الواقعة في نطاق تطبيق القانون، أي الرقابة على السند القانوني لتدخل الإدارة، بملاحظة فصلها عن مسألة التكييف و الوصف القانوني. **أنظر في هذا التقسيم: -** Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 361. -

و في تقدير آخر من الفقه أنه ليس هناك سوى مستويين من الرقابة هما: الرقابة الدنيا و القابة العادية. **أنظر في هذا التقسيم:**

- Debbasch (Ch) , Contentieux administrative , 3éme édition , 1981 , P 768. -

[2] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 120 – 121.

إلا أن هذا الأصل طرأ عليه إستثناء هام أصبح بمقتضاه يجوز للقاضي الإداري مراقبة تقدير الإدارة لخطورة و أهمية الوقائع من جهة وتقديره - بالمراقبة - لمدى التناسب بينها و بين الإجراءات المتخذة على أساسها، أي محل القرار الإداري ومضمونه من جهة أخرى[1].

وهذا ما تجسد بالطبع من خلال تطور القضاء الإداري بحيث كان يزيد من إختصاصه في الرقابة خطوة بعد خطوة وفي هدوء و ثبات وهذا ما أدى إلى إتساع رقابته تدريجيا لتشمل في الأخير ما يعرف **"بالرقابة على الملاءمة"** والتي كانت محظورة على القاضي الإداري فيما سبق.

وعليه فإن تقدير الخطورة و الأهمية هو أحد عناصر الملائمة والعنصر الثاني هو محل القرار الإداري، وبالتالي "فالملاءمة" لا تعني سوى التطابق بين السبب و المحل وهو ما يسميه **الفقيه - Merikoski -** بقاعدة أو مبدأ التناسب وصولا إلى الحل العادل[2].

وما يجب أن يفهم وما يجدر الإشارة إليه هنا إلى أن **"الملاءمة"** هو أكثر الإصطلاحات القانونية التي تختلط وتتداخل مع إصطلاح **"التناسب"** للدرجة التي يتم فيها غالبا إستخدامهما كمترادفين إلا أن الحقيقة غير ذلك وهذا ما سوف يتضح من خلال دراسة هذا النوع من الرقابة، إنطلاقا وبداية بالتعرض إلى الرقابة على الملاءمة للوقائع **- فكرة الملاءمة -** و نخلص في النهاية إلى دراسة مبدأ التناسب والرقابة عليه كمبدأ إعتمده الفقه الإداري الحديث لتوسيع نطاق رقابته للحد من السلطة التقديرية للإدارة، وكنتيجة ليتمكن القضاء الإداري من مد هذه الرقابة إلى مشارف الملاءمة في التقدير الإداري.

الفرع الأول: الرقابة على الملاءمة للوقائع - فكرة الملاءمة –

إذا كان الأصل أن دور القاضي الإداري يقتصر على مراقبة ثبوت الوقائع وصحة تكييفها فإن القضاء الفرنسي قد سمح لنفسه إستثناءا بأن يقدر أهمية و خطورة الوقائع وبالتالي ينظر في تلاؤمها مع القرار الذي صدر على أساسها وذلك عندما تكون الملاءمة شرطا من شروط المشروعية خصوصا في المجالات التي فيها مساس بالحريات العامة للأفراد[3] أو المنطوية على جزاء تأديبي أي عدم تناسب الجزاء مع المخالفة، وكل هذا بفضل تدخل قضاء مجلس الدولة الفرنسي في نطاق إستراتيجيته وسياسته القضائية المتمثلة في السعي و التوسع و البحث

---

(1) Waline (M) , Etendue et limites du contrôle du juge administrative sur les actes de l'administration , op. cit. , P 27.

أنظر أيضا: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 495.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 243.
- محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 198.

(2) Lino . Diqual , op. cit. , P 51.

(3) عمري بوفليجة ، المرجع السابق ، ص 128.
أنظر أيضا: - عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 556 – 557.
- محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 354.

عن وسائل وحالات لفرض الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة بشكل عام و الحد من السلطة التقديرية لهم بشكل خاص من أجل حماية النظام القانوني وحريات الإنسان و حماية فكرة الدولة القانونية.

ولعله من أول وأشهر تطبيقات "مجلس الدولة الفرنسي" في هذا المجال **حكمه** الصادر **بتاريخ 19 ماي 1933*** في قضية **"بن جامين" -Benjamin-** الذي قضي فيه بإلغاء قرار **رئيس بلدية -Nevers-**، و الذي منع **السيد بنجامين** من إلقاء محاضرة عامة في إجتماع عام بحجة أن هذا الإجتماع العام والمحاضرة العامة تهدد الأمن العام، فلما بسط قضاء مجلس الدولة رقابته على مسألة تقدير مدى خطورة هذا التجمع والمحاضرة العامة **-الوقائع-** على النظام العام، أكتشف وقرر أنها لا تشكل خطرا وتهديدا للنظام العام، لأن رئيس البلدية يملك من الوسائل والإمكانيات الأمنية ما يؤهله إلى تنظيم هذا التجمع والمحاضرة العامة بدون الإخلال بالنظام العام.

وهكذا إستمرت وتكررت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال و المساس بالحريات العامة للأفراد على تقدير مدى أهمية و خطورة الوقائع في قرارات سلطة الضبط خصوصا، و الملاحظة هنا أن بداية هذا النوع من الرقابة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إنطلق بفرضها في "مجال قرارات الضبط الإداري"، أي يراقب السلطات الإدارية فيما يتعلق بتقديرها لمدى أهمية و خطورة الوقائع المتعلقة بعملية المحافظة على النظام العام.

و عليه للتوضيح أكثر فسوف نتطرق إلى دراسة الجانب النظري "لفكرة الملاءمة" والرقابة القائمة على أساسها، ليسهل علينا الإنتهاء إلى "مبدأ التناسب" الذي قامت عليه النظريات الحديثة لتطويق والحد من السلطة التقديرية.

أولا: ماهية فكرة الملاءمة والرقابة عليها

يقول **الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي** "تنصرف الملاءمة في الإصطلاح القانوني بوجه عام، إلى توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان و المكان و الإعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه"[(1)]، فالملاءمة حسبه تتعلق بصفة عامة بالصلة بين العمل القانوني و بين ظروف إصداره الإعتبارات المحيطة بذلك.

أما في نطاق القرارات الإدارية تعني الملاءمة، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت إتخاذه والملابسات المصاحبة لذلك، حتى يخرج القرار ملائما لظروف الزمان و المكان و الإعتبارات الأخرى المختلفة، كإصداره في الوقت

*** لتفصيل أكثر حول قضية بنجامين- Benjamin- أنظر:** - على محمود مقلد (المترجم) ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص 305 – 312.

(1) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 164.

المناسب، وبالكيفية المطلوبة، و أن يكون ملائما لمواجهة الحالة التي أتخذ من أجلها وغير ذلك من الأمور[1].

وهناك من يرى بأن الملاءمة في نطاق القرار الإداري تكون **صفة له،** يكتسبها نتيجة إتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة، وعدد من الأمور والأوضاع تتعلق غالبا **بعناصر ثلاثة هي:** تقدير وجوب التدخل أو الإمتناع، و إختيار وقت التدخل، و أخيرا تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة و أهمية السبب[2].

وهكذا تتضح فكرة الملاءمة في مجال القانون الإداري، بأنها نتيجة عمل ما في القرار الإداري، فالقرار يوصف بأنه ملائم لإتخاذه في وقت هو كذلك، أو لإتخاذه بالكيفية التي صدر بها، أو الإتفاق القرار مع الظروف والأوضاع السائدة، ويوصف كذلك بالملاءمة لتناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار[3].

فالملاءمة تعني في معناها العام و باختصار، التوافق بعدم وجود تناقض أو تعارض يذكر. أي أن التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان، و المكان، و الظروف و الإعتبارات المحيطة.

ومن خلال إتضاح فكرة الملائمة و **"من أجل التمييز بينها و بين فكرة التناسب"،** يتبين أن التناسب والذي سوف نتطرق إليه لاحقا، على أنه واحد من أمور عديدة وعنصر من عناصر عديدة إذا ما روعيت وصف القرار بأنه ملائم، فالتناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض عناصر - مكونات و أركان - القرار الإداري، وبالتحديد بين سببه و محله[4] وأحيانا غايته، فإذا كانت فكرة الملاءمة تعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، فإن فكرة التناسب لا تعني سوى توافق الإجراء المتخذ - أي محل القرار- مع السبب المصاحب له وأحيانا غايته. وبالتالي فهي تنصب على أحد جوانب فكرة الملاءمة وليس على جميع جوانبها، فالتناسب بهذه المثابة أحد ملائمات القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة[5].

ومفاد ما سبق أن التناسب يقتصر على جانب معين من مجموع الجوانب العديدة التي تقوم عليها الملاءمة، والتي يشكل التناسب جزء منها فمفهوم الملاءمة أوسع إذن من مفهوم التناسب، إذ أن الملاءمة تستغرق التناسب وتستوعبه، بإعتباره يندرج في أحد أجزائه أو مكوناته ومن ثم فإنهما لا يتطابقان و لا يعد بالتالي أحدهما مرادف للآخر.

---

[1] محمد فريد سليمان الزهيري ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحقوق بالمنصورة ، 1989 ، ص 31.

[2] محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص 72.

[3] محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع نفسه ، ص 31.

[4] جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 23.

[5] محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع نفسه ، ص 32 – 34.

غير أن ذلك لا يعني عدم وجود تأثير متبادل بينهما فقد يكون القرار الإداري ملاءم وغير ملاءم في آن واحد، وإن كان يوصف بالنتيجة في مجموعه بعدم الملاءمة، إذن يمكن أن يتصور لنا، بأن يصدر القرار في الوقت السليم، وبالكيفية المطلوبة، ووفقا للإعتبارات و الأوضاع السائدة، فهو لذلك قرار ملاءم من جميع النواحي، ولكن بالنظر لعدم مراعاة مصدر ومتخذ القرار لتحقيق التناسب بين أهمية و خطورة الوقائع و الإجراء المتخذ أو الغاية منه، يكون القرار غير ملاءم لعدم مراعاة ذلك بالرغم من أنه ملاءم لمراعاته النواحي الأخرى[1]، كما أنه يجب أن نأخذ بالحسبان أن التناسب هو أهم جوانب الملاءمة في القرار الإداري.

ونخلص في الأخير أنه لا يوجد تطابق تام بين إصطلاحي الملاءمة و التناسب، فالتناسب هو أحد جوانب الملاءمة في القرار الإداري ويتجلى ويظهر ذلك في التوافق بين سبب القرار و محله، بينما الملاءمة هي نتيجة مراعاة جوانب متعددة في القرار الإداري إذ يتعين على الإدارة أخذها بعين الإعتبار عند ممارسة سلطتها التقديرية فالعلاقة بينهما علاقة الكل بالجزء.

وهكذا تم التمييز بين فكرة الملاءمة و فكرة التناسب الذي بنيت على أساسها نظريات من أهم النظريات في الفقه و القضاء الإداري.

وكما قلنا بداية بأن إصطلاح "الملاءمة" هو أكثر الإصطلاحات القانونية التي تختلط و تتداخل مع إصطلاح "التناسب"، فهذا الخلط والتداخل يشمل أيضا مصطلح "السلطة التقديرية" أساس الدراسة.

فمن خلال تعريفنا السابق للسلطة التقديرية على أنها "حرية الإدارة في تقدير مناسبة الإجراء المتخذ، وهي من الملائمات المتروكة للإدارة"، كما أنها في نطاق القرار الإداري تعنى "تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني المتمثل في محله" نلاحظ أن هناك خلط واضح بين مصطلح السلطة التقديرية و مصطلح التناسب، فلقد حصر نطاق السلطة التقديرية في التناسب بين سبب القرار و محله.

و للتمييز بين المصطلحين نوضح أوجه و أهمية التفرقة على وجه الخصوص فيما يلي:

1- أن التناسب وكما قلنا سابقا، يعني تقدير بين أهمية السبب و مدى توافقه مع محل القرار، أي الإجراء المتخذ. وهو يمثل أحد أهم تصرفات الإدارة في مجالها التقديري وليس كلها، فهو ليس التصرف الوحيد الذي تعمل فيه الإدارة لحريتها.

فالسلطة التقديرية لها من الإتساع والشمول كمجال إختصاص يترك فيه للهيئات الإدارية التصرف بحرية كالقيام بالتناسب بين سبب القرار و محله، وحرية الإختيار بين عدة قرارات،

---

[1] المرجع السابق ، ص 32.

و بالتدخل أو الإمتناع عن التدخل، و إختيار وقت التدخل، وغيرها من التصرفات الأخرى الغير مقيدة قانونا[1]، وهذا من جهة.

2- ومن جهة أخرى، فإن السلطة التقديرية ليست مجموعة عناصر، إذ أنها تتحدد في نطاق النشاط الإداري الذي تتمتع فيه السلطة الإدارية بحرية التقدير، أما التناسب فهو ينصب أساسا على عناصر القرار الإداري، أي العلاقة بين عنصري السبب و المحل[2].

ولعله من الأنسب هنا الوقوف على بعض النقاط والملاحظات من أجل الربط والتمييز بين هذه المصطلحات الثلاثة معا وهي[3]:

* ليس هناك تطابق بين التناسب و الملاءمة، فلكل منها معناه الخاص، فالسلطة التقديرية هي المجال الذي تباشر فيه الإدارة إختصاصها بحرية، فهي أشمل وأوسع من التناسب، وهذا الأخير- **التناسب** - يعتبر جزء من الكل - **السلطة التقديرية** - .

* أما عن الملاءمة، فهي صفة للقرار الإداري تلحق به، إذا ما روعيت فيه بعض الأمور، كحسن التقدير أو الملاءمة من حيث الزمان، أو المكان، وملاءمته للظروف المحيطة، فهي تقع داخل مجال السلطة التقديرية للإدارة، فالتناسب جزء من الملاءمة، و الملاءمة جزء من السلطة التقديرية.

*** يمكن أن نعبر على هذه النقاط بالمعادلة التالية:**

"السلطة التقديرية" *أكبر* "الملاءمة" *أكبر* "التناسب"

ثانيا: جوهر فكرة الملاءمة

يقال أن الملاءمة لا تكون إلا إذا ترك القاضي رقابة التكييف أو كان المجلس أمام حالة تستحيل فيها الرقابة[4]، والإشارة إلى هذا القول قبل التطرق إلى جوهر فكرة الملاءمة، كان لسبب أن رقابة الملاءمة جاءت مباشرة بعد رقابة الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها، أي بعد رقابة التكييف، ويصدر أصل هذا القول عن "النظرية التقليدية" التي جعلت من التكييف و الملاءمة فكرتين غير متميزتين.

فالتكييف كان في بادئ الأمر متروكا لتقدير الإدارة، ومن ثم كان يختلط أمره بالملاءمة ثم حدث و أن تدخل القضاء الإداري تدريجيا وانتهي إلى إخضاع التكييف لرقابته كما رأينا، إلا

---

[1] المرجع السابق ، ص 21.
[2] قوسم حاج غوثي ، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية و الرقابة القضائية عليه - دراسة مقارنة - ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان ، 2011 – 2012 ، ص 127.
[3] المرجع نفسه ، ص 130.
[4] محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 200.

أنه ترك حالات لا يراقب التكييف فيها كما قدمنا سابقا، وعليه فيمكن القول أنه عند **التقليدين** كان هناك نوعان من التكييف:

1- التكييف القانوني للسبب.
2- التكييف القانوني لخطورة و أهمية السبب.

فالنوع الأول هو موضوع حديث القانون الإداري عن التكييف أما الثاني فيدخل في مجال بحث آخر يشمل محل القرار الإداري.

تقوم فكرة الملاءمة أساسا على ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في ممارسة نشاطها الإداري، بما تتضمنه من حرية إختيار أفضل الحلول بالتدخل أو عدمه وأحسن الأوقات و أكثرهم ملاءمة في إتخاذ قراراتها، وما يوافقها من إجراءات مناسبة فالإدارة ملزمة بأن تبذل أقصى جهدها في تقدير الظروف وإختيار أفضل الظروف بما يكفل تحقيق الصالح العام، و هذا الإلتزام لا يزال محل خلاف في الفقه حول مضمونه، وجزاء الإخلال به، لدى فقد برزت في هذا الشأن **ثلاث نظريات**[(1)] نعرضها فيما يلي بإيجاز: حتى نخلص ونقف من خلالها على جوهر فكرة الملاءمة في نطاق القانون الإداري و بالتالي ننتهي آليا إلى جوهر فكرة التناسب أيضا بإعتبارها أهم عناصر وجوانب فكرة الملاءمة.

1- النظرية الأولى: ومضمونها حتمية ووجوب إلتزام الإدارة بإصدار أفضل القرارات ملاءمة تحقيقا للصالح العام، إذ لا يكفي أن يكون قرارها ملائما فحسب، بل يجب أن يكون أفضلها و أكثرها ملاءمة على الإطلاق، مع خضوعها في ذلك لرقابة القضاء الإداري، غير أنه نظرا لصعوبة تحديد أفضل القرارات وأكثرها ملاءمة، فإن هذه النظرية تعرضت لنقد جانب من الفقه، خاصة وأن الأخذ بها يجعل من القاضي رئيسا أعلى للإدارة فيخرجه عن حدود مهمته كقاضي مشروعية من جهة ويشل ويعيق فعالية العمل الإداري من جهة أخرى.

2- النظرية الثانية: وقوامها حتمية ووجوب إلتزام الإدارة بإصدار أفضل القرارات وأكثر ملاءمة لكن دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري، وبالنظر لما تؤدي إليه هذه النظرية من وضع الأفراد بما فيها حقوقهم وحرياتهم تحت رحمة الإدارة لعدم إقترانها بأي جزاء قانوني أي التضحية بالحقوق والحريات الشخصية لحساب فاعلية العمل الإداري، فلم تجد هذه النظرية قبولا وتعرضت لنقد جانب من الفقه كسابقتها.

3- النظرية الثالثة: مفادها حتمية إلتزام الإدارة بنيل أقصى جهد لإتخاذ أفضل القرارات و أكثرها ملاءمة، وأن هذا الإلتزام هو إلتزام قانوني، يخضع لرقابة القضاء في حالة الإخلال الواضح به، وهو ما يعني:

[(1)] **لتفصيل أكثر حول عرض هذه النظريات أنظر:** - محمد إسماعيل علم الدين ، إلتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه و القضاء الفرنسي ، مجلة العلوم الإدارية ، السنة 13 ، العدد 03 ، ديسمبر 1971 ، ص 13 و ما بعدها.

أ- إلتزام الإدارة بأن تدرس بعناية فائقة ظروف كل حالة على حدة للتوصل إلى أكثر القرارات ملاءمة.
ب- إلتزام الإدارة ببذل أقصى جهدها لإتخاذ أكثر القرارات ملاءمة وعليه فإن إتسام القرار بعدم الملاءمة الظاهرة في التقدير، يعد إخلالا من الإدارة بإلتزامها القانوني ببذل أقصى جهدها في دراسة ظروف كل حالة على حدة بهدف التوصل إلى أفضل القرارات وأكثرها ملاءمة.

ومن الواضح أن هذه النظرية الأكثر قبولا في الفقه، لأنها تحقق توازنا معقولا ومنطقيا بين فاعلية العمل الإداري وضمان حقوق وحريات الأفراد، كما أنها تضم وتحوي المرونة اللازمة لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، وبالتالي فهي النظرية الأقرب للتعبير عن جوهر فكرة الملاءمة و فكرة التناسب من بعدها.

وأخيرا هذا ما نعتبره تكملة وتوضيحا أكثر، لما تطرقنا له في المطلب الثالث من المبحث الثالث في الفصل السابق، والخاص بإلتزام و كيفية ممارسة الإختصاص التقديري.

الفرع الثاني: رقابة التناسب- الرقابة على التناسب -

سنتناول في هذا الفرع ماهية الرقابة على التناسب وتطوره، إضافة إلى المصدر القانوني لهذه الرقابة والضوابط العملية لتطبيق التناسب على التقدير الإداري، مرورا بالرقابة على التناسب بين المشروعية و الملاءمة، ونخلص إلى طبيعة عدم التناسب والتطبيقات القضائية على هذه الرقابة في القضاء الجزائري.

أولا: ماهية مبدأ التناسب و تطوره

1- مفهوم مبدأ التناسب

لم يستقر فقه القانون الإداري على تعريف واضح جامع وشامل للتناسب نظرا لخصوصيته، فهو على الرغم من بساطته ووضح فهمه، إلا أنه شيء صعب تعريفه[1] .

إلا أنه وكالعادة تدخل بعض الفقه محاولا تعريفه، وذلك من خلال تحليله على اعتباره علاقة بين أمرين أو أكثر، تتسم هذه الأخيرة بالمنطقية أو المعقولية أو التوافق أو المعقولية، وعليه ينصرف التناسب في معناه العام إلى العلاقة بين شيئين معبر عنها بصورة رمزية، أو هو "تعبير عن صلة تتسم بالتوافق أو التوازن بين شيء وآخر، في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض أن تكون عليها تلك الصلة"[2]، ويمكن على ضوء ذلك تحديد معنى التناسب في

[1] Philippe . Xavier , Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française , Presse universitaire d'Aix Marseille , 1990, P 7.
[2] سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة 1 ، 2004 ، ص 629.

"الإصلاح القانوني" بوجه عام بأنه تعبير عن الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها، نتيجتها توازن مقبول ومعقول بينهما.

فالتعريف العام للتناسب يدور إذن حول عنصرين، أحدهما ثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر متغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون محتواها مختلفا، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينهما تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية و التوازن و التناغم و الإنسجام، أو تصور مجرد سلبي كالمفرط و المغالي فيه و المتجاوز للحد، وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق أو المطلق[(1)].

وتجدر الإشارة إلى أنه، وإن كان خلال محاولة بعض الفقه تعريفه للتناسب قد إتفقوا على أنه يتضمن علاقة بين أمرين أو أكثر، إلا أنهم إختلفوا في تحديد طرفي هذه العلاقة، هل هي علاقة بين عنصري "السبب و المحل" أم علاقة بين عنصري "السبب و الغاية"؟[(2)].

أما في دراستنا هذه فسوف نتبع ونرجح جهة غالبية الفقه التي حددها بأنها علاقة بين **عنصري السبب و المحل.**

وعليه فالتناسب في مجال القرارات الإدارية، هو تحقيق التوافق بين سبب القرار و محله أو هو إشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة و الإجراء المتخذ بشأنها.

ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعا للحالة المتوقعة والمضار المحتملة، كما يمكن أن ينشأ بعمل حساب ختامي للمنافع و الأضرار و درجة خطورة الحالة و أهمية الهدف الواجب الوصول إليه و الضيق الذي تسببه للأفراد[(3)].

وعلى ما تقدم فقاعدة ونظرية التناسب في مجال القانون الإداري تعني إختيار الإجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على إتخاذ القرار[(4)]، أو هي تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة و أهمية الوقائع - السبب -[(5)]، أو بمعنى آخر التناسب يتحقق كلما جاء سبب القرار متوافقا مع محله أو موضوعه، أي وجود توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى صدور القرار - السبب - وبين الإجراء المتخذ إتجاه وحيال هذه الوقائع وما يرتبه من أثار قانونية - المحل - أو ما يستهدفه من غاية[(6)].

---

(1) Philippe . Xavier , op. cit. , P 8 – 9.

(2) **لتفصيل أكثر حول الإختلاف في تحديد هذه العلاقة أنظر:** - قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 111 و ما بعدها.

(3) Guibal . Michel , De la proportionnalité , A.J.D.A. , 1978 , P 477.

(4) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 418.

(5) محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 72.

(6) محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع السابق ، ص 8.

وعليه فالتناسب فكرة من أفكار القانون الإداري، ويمكن تحليلها إلى **عناصر ثلاث:** وهي القرار الصادر، و الحالة الواقعية، و الغاية المستهدفة[1].

2- تطور مبدأ التناسب

كما أشرنا سابقا، لتفادي تجاوز القاضي الإداري لحدود وظيفته كقاضي مشروعيته، و تدخله في شؤون العمل الإداري وغدوه رئيسا أعلى لجهة الإدارة، فقد إستقر القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر على الإعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة والتناسب في تصرفاتها القانونية دون تدخل القضاء في هذه الملاءمة.

إلا أن القضاء سواءا في فرنسا أو في مصر لم يلتزم بهذه القاعدة كما رأينا سابقا، ورأى ضرورة إلتزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لإتخاذ القرار الإداري و محل هذا القرار، تأسيسا على أن "مبدأ التناسب" من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الإلتزام بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي للمشروعية، الشيء الذي سنوضحه في حينه، بحيث يقتصر عمله في المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة وهو **مبدأ التناسب[2]**، وبالتالي إلغاء القرار المخالف لهذا المبدأ لمخالفته القانون وليس لعدم ملاءمته.

ويرى الفقه أن القضاء الإداري يطبق "مبدأ التناسب" على العديد من القرارات الإدارية و منها قرارات الضبط الإداري غير أنه وفي سبيل ضبط الإصطلاحات والتمييز بين المبادئ العامة، فإن المبدأ الذي تخضع له قرارات الضبط الإداري هو "مبدأ ضرورة الإجراء أو لزومه"، وهو مبدأ يتجاوز حدود التناسب وأكثر إتساعا منه - على نحو ما سنحدده فيما بعد - ويؤكد ذلك ما يقرره هذا الفقه من أن القضاء الإداري - في فرنسا - لم يستخدم "إصطلاح التناسب" عندما راقب هذه القرارات ومدى ملاءتها، وإنما راجع فقط لمضمون هذه الفكرة - فكرة التناسب -[3].

وبالتالي فالميدان الرئيسي لتطبيق مبدأ التناسب في القضاء الإداري يتمثل في مجال القرارات التأديبية إلى جانب بعض الموضوعات الأخرى مثل تقدير كفاية الموظف العام وهذا ما يتجلى من خلال متابعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي و المصري.

---

(1) حاجة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، الرقابة على تناسب القرار الإداري و محله في دعوى الإلغاء ، مجلة المنتدى القانوني - قسم الكفاءة المهنية للمحاماة جامعة محمد خيضر بسكرة - ، العدد 05 ، أفريل 2008 ، ص 136.

أنظر أيضا: - حاجة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 121.

(2) محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع السابق ، ص 411.

أنظر أيضا: - حاجة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع نفسه ، ص 137.

- Braibant (G) , Le principe de proportionnalité , Mélanges – Waline (M) , Tome 2 , L.G.D.J. , Paris , 1974 , P297 .
- Guibal . Michel , op. cit. , P 477.

(3) سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 260.

وبما أن الملاءمة بصفة عامة تعني التناسب بين سبب القرار و محله ففي المجال التأديبي تعني التناسب بين الذنب الإداري- السبب - و بين الجزاء و مقداره - المحل - فهي أقرب إلى **عملية حسابية بسطها الذنب المقترف و مقامها خطورة الجزاء و حاصلهما ملاءمة القرار أو عدم ملاءمته** وفي معنى آخر، العقوبة التي يتم توقيعها من قبل سلطة التأديب يجب أن تتلاءم و خطورة الذنب المقترف، أي يجب أن يتكافأ غلط العقوبة مع غلط الجريمة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري المصري كان الأسبق في الأخذ "بمبدأ التناسب" في ميدان التأديب من خلال "نظرية الغلو في إستعمال السلطة" و هذا ما سوف نتعرض إليه من خلال تطور مبدأ التناسب في القضاء الإداري الفرنسي ومن ثم القضاء المصري.

أ- في القضاء الإداري الفرنسي

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر وحتى وقت قريب على أن إختيار العقوبة المناسبة والملائمة للذنب الإداري، من إطلاقات الإدارة التي لا تخضع فيها لرقابة القضاء أي كان يرفض الرقابة على التناسب بين العقوبة التأديبية مع المخالفة التي يرتكبها الموظف[2]، بإستثناء الإنحراف بالسلطة أي يتأكد وبشكل واضح أن سلطة الإدارة الواسعة تقف عند حدود تحقيق المصلحة العامة و لا تتعداها، إضافة إلى أن المجلس كان يبسط رقابته على الأسباب التي قام عليها الجزاء التأديبي ويقضي ببطلان القرار التأديبي الصادر بالجزاء إذا لم يكن مسببا[3].

ولكن الإتجاه الحديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أخضع مدى ملاءمة الجزاء التأديبي مع الذنب الإداري المقترف لرقابته وهذا من خلال التعديل في أحكامه الحديثة مستعينا "بنظرية الخطأ الظاهر" في المجال التأديبي، حيث أصبح القضاء بعد تبنيه لهذه النظرية يراقب الخطأ الظاهر - البين - في تقييم أو تقدير الإدارة للوقائع التي تستند إليها في قرارتها التأديبية ومدى تناسبها مع ما تتضمنه تلك القرارات من جزاءات[4].

ولقد لعب القضاء المدني الفرنسي دورا في تطوير قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد كان القضاء المدني في رقابته للجزاءات التي توقع على العمال اللذين ينطبق عليهم القانون الخاص، يكتفي برقابة شرعية العقوبة التي توقع على هؤلاء العمال بأن تكون من بين

---

[1] نوفان العقيل العجارمة ، سلطة تأديب الموظف العام- دراسة مقارنة - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2007 ، ص 141.

[2] محمد بكر حسين ، الغلو في توقيع الجزاء الإداري و الرقابة القضائية - دراسة مقارنة - ، مكتبة السعادة طنطا ، 1991 ، ص 23.

Voir aussi: - Meissa . Diakhate , La Responsabilité disciplinaire du fonctionnaire en droit Sénégalais , Afrilex , Aout 2012 , P 34.

[3] نوفان العقيل العجارمة ، المرجع نفسه ، ص 142.

أنظر أيضا: - أحمد حافظ عطية نجم ، المرجع السابق ، ص 79.

- Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 297 Ets.

[4] رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 259.

أنظر أيضا: - محمد بكر حسين ، المرجع نفسه ، ص 36.

- Mohammed . Amine , Réflexions de la fonction de juge administratif , R.E.M.A.L.D. , n° 103 , Mars-Avril 2012 , P 12.

العقوبات المنصوص عليها في القوانين واللوائح العقابية، فلم يكن يسمح لنفسه برقابة مدى ملاءمة الجزاء الموقع على العامل مع المخالفة أو الذنب الذي ارتكبه، إلا أنه بعد صدور قانون العمل الفرنسي الجديد **680/73** الصادر بتاريخ **13 جويلية 1973** الذي نص على أنه ينبغي لإمكانية عزل العامل من عمله أن يكون هناك سبب جدي وخطير يبرر هذه العقوبة القاسية، وقد إتجه بعد صدور هذا القانون القضاء المدني، إلى رقابته لأسباب عزل العمال حتى يتأكد من أن السبب في العزل جدي و خطير، إلى ملاءمة تناسب الجزاء مع العقوبة[1].

وحتى عام **1978** كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض مد نطاق رقابته على القرارات التأديبية إلى بحث التناسب أو بالأحرى الملاءمة في هذه القرارات إذ قضي في **قضية "ديرتيو" -Durtieux- في 10 فيفري 1978"** أنه ليس للقاضي أن يقدر خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفات المرتكبة" ولكنه في **09 جوان 1978** من ذات العام رأي المجلس أنه قد آن أوان التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في أهم معاقلها ومواطنها وهو مجال التأديب لبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية و مدى جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام، مستعينا "بفكرة الخطأ الظاهر" لإلغاء العقوبة الموقعة على الموظف إذا ما اقترنت بخطأ ظاهر في تقدير الأفعال المنسوبة إليه والتي تشكل خطأ تأديبيا[2]، وهذا على إثر **قضية "ليبون" -Lebon-•** وتتلخص وقائع هذه القضية، بأن مدرسا يعمل بأكاديمية **تولوز** عوقب بالفصل من وظيفته **بقرار** من رئيس الأكادمية الصادر بتاريخ **10 جويلية 1974** نظرا لقيامه بتوجيه إشارات وحركات غير لائقة إلى الفتيات اللواتي يقوم بتدريسهن، مما لا يتفق مع كونه مربيا يفترض فيه أنه يتسم بالفضيلة والآدب والأخلاق، ولم يرتضي **السيد ليبون** ذلك، **طاعنا بقرار** الجزاء أمام **مجلس الدولة** نظرا لجسامة الجزاء و لإعتقاده أن العقوبة لا تتناسب مع الذنب المقترف، وعند نظر المجلس لهذه القضية تبنى وجهة نظر **المفوض -Genevois-** في تقريره عن القضية والذي طلب من مجلس الدولة أن يكون هناك نوع من الرقابة على ضرورة تناسب الجزاء مع الذنب الإداري المرتكب وأن يخرج القاضي عن تحفظه في الحالات التي تكشف فيها جسامة الجزاء عن المغالاة الواضحة في التجريم، **وهكذا وجد المجلس أن الفعل المرتكب يشكل خطأ**، ومن شأن هذا الخطأ تبرير عقوبة الفصل الموقعة بحق الطاعن وأن هذه العقوبة ليست مشوبة بأي خطأ بين و ظاهر في التقدير.

---

[1] محمد بكر حسين ، المرجع السابق ، ص 36 – 37.

[2] رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 260.

أنظر أيضا: - محمد بكر حسين ، المرجع نفسه ، ص 37.

- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 272 – 273.
- نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق ، ص 143.
- فهد عبد الكريم أبو العثم ، المرجع السابق ، ص 91.

• **قضية مشار إليها في:** - سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 273.

- محمد بكر حسين ، المرجع نفسه ، ص 145.

وتحليلا لهذا القضاء يشير الفقه إلى أنه بمساعدة المشرع، عندما قرر أن يكون جسامة العقوبة التأديبية محددة تبعا لجسامة الأفعال المنسوبة للموظف العام إستنادا إلى أحكام **المادة 19** من قانون **19 جويلية 1977** "المتضمن قانون الجزاءات المالية " فقد إستخلص القضاء مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفات المرتكبة لتبرير بسط رقابته على التناسب[1].

وهذا النصر الذي حققه مجلس الدولة في الحكم **قضية "ليبون"** تأيد بحكم لاحق أصدره المجلس في **قضية "فينولاي" -Vinolay-** في **حكمه** الصادر في **26 جويلية 1978***، و هذا الحكم يعتبر أول تطبيق إيجابي **لحكم "ليبون"**، وألغى به مجلس الدولة لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة لما نسب إليه من إهمال وعدم عناية في أدائه الوظيفي، وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة أي تناسب الجزاء مع الوقائع.

وتجدر الإشارة إلى أن قضاء المجلس عند إعماله لهذه الرقابة، لا يطلب و لا يلزم بأن يكون هناك تناسب صارم بين الخطأ المرتكب والعقوبة الموقعة بل يلزم ألا يكون التفاوت صارخا بين الخطأ والعقوبة فإذا كان التفاوت صارخا قضي بإلغاء العقوبة[2]، كما أن رقابته لا تقتصر على الحالات التي تكون فيها الجزاءات متسمة بالغلظة أو الفظاظة، بل تتعدى ذلك إلى الحالات التي يكون فيها التسامح والتساهل ملحوظ في العقوبة من قبل الإدارة، إزاء جسامة الذنب المرتكب، وتطبيقا لذلك فقد ألغى المجلس في أحد أحكامه الجزاء الموقع على **سائق حافلة**، نظرا لعدم تناسب هذا الجزاء مع خطورة الذنب المقترف، حيث تبين من التحقيق أن السائق كان مخمور وتحت تأثير المشروبات الكحولية، وقد إعتبر المجلس هذا السلوك خطأ تأديبيا على درجة كبيرة من الخطورة مما يتنافى بما قررته السلطة التأديبية من تساهل و تسامح مفرط[3].

وهكذا تعددت واضطردت أحكام "مجلس الدولة الفرنسي" في هذا المجال وعلى نفس المنهج مع تأييد الفقه، وبات يمكن إلغاء القرار الإداري التأديبي الذي يحل بهذا التناسب **ليس بسبب الخطأ الظاهر في التقدير و لكن لسبب الخطأ في القانون**، حيث أصبح التكييف القانوني لخطورة "العقوبة التأديبية" وليس فقط "المخالفة التأديبية" خاضعا لرقابة القاضي الإداري و هو ما يعني حقيقة الرقابة على الملاءمة.

ب- في القضاء الإداري المصري

أما موقف قضاء مجلس الدولة المصري فقد تطورت سياسته منتهيا هو الآخر بالأخذ بمبدأ الملاءمة، حيث تم **"إرساء قضاء الغلو"** في مجال العقوبة التأديبية وكان سابقا فيه لقضاء

---

[1] سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 273.

* **قضية مشار إليها في:** - حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، ص 139.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 466.

[2] رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 232.

[3] المرجع نفسه ، ص 263.

مجلس الدولة الفرنسي كما أشرنا سابقا. ففي بادئ الأمر سلكت "محكمة القضاء الإداري" ذات النهج الذي سبق وأن سلكه "مجلس الدولة الفرنسي"، حيث **قضت** بأن إختيار العقوبة الملائمة للذنب الإداري المقترف هو من إطلاقات الإدارة، والتي لا تخضع فيها لرقابة القضاء، وأن رقابتها تقتصر على بحث مدى مطابقة تلك القرارات للقوانين واللوائح و لا تمتد إلى مسألة الملاءمة طالما ثبت لديها أن العقوبة هي إحدى العقوبات الواردة على سبيل الحصر في القانون[1]، وتطبيقا لذلك فقد قضت في أحد **أحكامها** بتاريخ **07- ماي 1953 قضية 1079 لسنة 6 ق ، المجموعة السنة 7 ، ص 1112-** بأن "ما ذهب إليه المدعي من عدم تناسب الجزاء التأديبي، إذ هذا التناسب بين الفعل موضوع المؤاخذة والجزاء التأديبي مما تترخص في تقديره السلطة الإدارية، و لا معقب عليها في ذلك والتي تخرج من نطاق رقابة القضاء"[2]، إلا أن المحكمة خرجت على هذه القاعدة في القليل من أحكامها، حيث استثنت القرارات الخاصة بفصل المشاييخ والعمد والقرارات الخاصة بتأديب طلبة الكلية الحربية[3].

وبعد إنشاء "المحكمة الإدارية العليا" ففي بادئ الأمر، سارت هي التالية على ذات النهج الذي سلكته "محكمة القضاء الإداري"، حيث أرست قاعدة عامة، مفادها أن للسلطة التأديبية الحرية الكاملة في تقدير خطورة الذنب الإداري وإختيارها ما يناسبه من جزاء في حدود النصاب القانوني[4]، ولكن نظرا لخطورة إطلاق سلطة الإدارة التقديرية في توقيع الجزاءات التأديبية لما تمثله نوعية هذه القرارات من حساسية خاصة، لإتصالها بشكل مباشر بمصالح جوهرية للموظفين[5]، وإسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية مع التفاوت الكبير بين الجزاءات التأديبية ونوع المخالفات التأديبية فكان أن رأت "المحكمة الإدارية العليا" الأخذ "بمبدأ أن عدم التناسب" بين المخالفة التأديبية و الجزاء الموقع عليها هو مخالفة نشوب قرار التأديب وتوجب إلغاءه، بإعتباره من مقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين إعتبارات الصالح العام وصالح الموظف[6].

وعليه أعلنت المحكمة بتاريخ **11 نوفمبر 1961 - قضية 563 لسنة 7 ق ، المجموعة السنة 7 ، ص27 -** في **"حكمها الشهير"** والذي قررت فيه صراحة ولأول مرة أن المفارقة الصارخة أو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي في ذلك **قضت** بأنه:

"ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري و ما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها

---

[1] نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق ، ص 145.
أنظر أيضا: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ، المرجع السابق ، ص 462.
[2] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 261.
[3] المرجع نفسه ، ص 263.
[4] نوفان العقيل العجارمة ، المرجع نفسه ، ص 145 – 146.
[5] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، المرجع السابق ، ص 170.
[6] سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 261.

كشأن أي سلطة تقديرية أخرى - ألا بشوب إستعمالها **غلو** ومن صور هذا الغلو **عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري و بين نوع الجزاء و مقداره،** ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون في التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب بوجه عام تأمين إنتظام المرافق العامة، و لا يأتي هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممنه في الشدة والإفراط المسرف في السفقة يؤدي إلى إستهانتهم بأداء واجباتهم طمعا في هذه المغرقة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن إنتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرجى إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر إستعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة **"مشوبا بالغلو"** فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية و من ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، و**معيار عدم المشروعية** في هذه الصورة ليس "معيارا شخصيا"، وإنما هو "معيار موضوعي" قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره"[1].

وعلى الرغم من **إختلاف الفقه بين مؤيد و معارض**[2] "لقضاء المحكمة العليا" إلا أن أحكام القضاء إضطردت على الأخذ "**بنظرية الغلو**".

وتجدر الإشارة أن لنظرية الغلو المصرية كما لنظرية الخطأ الظاهر أو البين الفرنسية، **وجهين: فإما** أن يكون عدم التناسب ناجما عن الإفراط في الشدة والقسوة، **أو** يكون ناجما عن التساهل أو الإمعان بالرأفة والشفقة، ومن التطبيقات القضائية **للوجه الثاني** ما قضت به "المحكمة الإدارية العليا" في **حكمها** الصادر بتاريخ **11 مارس 1973 - بالطعن رقم 811 ، المجموعة ، السنة 13 ، ص 304-** بعدم ملاءمة الجزاء الموقع على **صراف أحد البنوك،** من المحكمة التأديبية بخفض راتبه فقط، رغم إرتكابه الأفعال التي ثبتت بحقه والتي أدت إلى إحداث فوضى **بفرع البنك،** ولهذا فقد عدلت المحكمة الجزاء من خفض الراتب إلى عقوبة الفصل من الخدمة[3].

ثانيا: المصدر القانوني لرقابة التناسب و الضوابط العملية لتطبيقها

1- المصدر القانوني لرقابة التناسب

---

[1] محمد بكر حسين ، المرجع السابق ، ص 49 – 50.

أنظر أيضا: - محمود سلامة جبر ، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ و الجزاء ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، السنة 35 ، العدد 01 ، القاهرة ، مارس 1991 ، ص 97.

- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 261 – 262.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 171.
- نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق ، ص 146 – 147.

[2] **لتفصيل أكثر حول إختلاف الفقه بين مؤيد و معارض حول هذا القضاء أنظر:** - محمد بكر حسين ، المرجع نفسه ، ص 53 و ما بعدها.

أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 263 و ما بعدها.

[3] نوفان العقيل العجارمة ، المرجع نفسه ، ص 147.

ليس ثمة خلاف حول القدرة الخلاقة للقاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية من خلال ما يصدره من أحكام تتضمن قواعد أو مبادئ قانونية جديدة، فالحكم الإداري يعد عملا حقيقيا لتكوين قواعد القانون الإداري أو صناعتها وذلك بتطبيقها على الحالات الفردية إلى أن تصبح **قاعدة أو مبدأ عام**(1)، و لا يقتصر دور القاضي الإداري في خلق وإنشاء قواعد القانون الإداري، على مجرد إثبات وجود تلك القواعد، أو الكشف عنها ، وإنما هو يحدد مرماها و يعطيها مضمونا أكثر وضوحا، بإدخاله إياها في مجموع النظام القانوني(2)، لتشكل مع غيرها من القواعد القانونية **"كتلة المشروعية الإدارية"**.

وتعد المبادئ العامة للقانون من أهم القواعد القانونية التي يعود الفضل للقضاء الإداري في إبرازها وإلحاقها ضمن منظومة القانوني الوضعي*، والتي تبرز عن طريق الدور الإنشائي الخلاق للقاضي الإداري من حالة السكون إلى حالة الحركة، وتنفذ بمقتضى ذلك إلى ساحة القواعد القانونية الوضعية بقوة ضاربة لتضفي على المصادر الرسمية للقانون الإداري مزيدا من المرونة والتطور، ولهذا إعتبارها **الأستاذ ريفيرو** أنها أحد أصول القانون الإداري.

ويقسم **الأستاذ جينوا -Jeanneau-**(3) المبادئ العامة للقانون إلى **أربعة صور** بحسب الأسلوب الذي ينتهجه "مجلس الدولة الفرنسي" في إنشاء المبدأ، وذلك كمايلي:

1- إنشاء المبدأ نتيجة التعميم من خلال النصوص الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ إحترام حقوق الدفاع في المجال الإداري، الذي أمكن تعميمه من خلال ما تضمنته نصوص جزئية متفرقة وردت بشأن إجراءات تحمل معنى الجزاء.

2- إستخلاص المبدأ من روح النص أو مجموعة النصوص **- روح التشريع -** كما هو الحال فيما يتعلق بمبادئ القانون الخاص التي نقلها القاضي الإداري إلى ميدان القانون العام، ومن ذلك "مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية"، المستخلص من مبدأ رجعية القوانين.

3- إستلهام المبدأ من جوهر التنظيم القانوني أو طبيعة الأشياء ومن قبيل ذلك "مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة" المتولدة عن القرارات الإدارية الفردية، الذي تم إستخلاصه من

---

(1) Philippe . Xavier , op. cit. , P 126.

(2) مجدي دسوقي محمود ، المبادئ العامة للقانون و المشروعية الداخلية للقرار ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1998 ، ص 181.

* يميز **الأستاذ جينوا** بين طائفتين من القواعد القانونية التي يقوم القاضي الإداري بإنشائها و هما: - المبدأ القانوني العام و - القاعدة القضائية البسيطة، و ذلك سواء من حيث المضمون أو طريقة تقرير كل منهما، إذ يكون القاضي مقيدا في وضع المبادئ العامة للقانون بالضمير العام للجماعة بينما لا يكون مقيدا بذلك عند وضعه القاعدة القضائية البسيطة، كما أن المبادئ العامة تتسم بالعمومية و الإستقرار و السمو بحسبانها تعبر عن القيم العليا للمجتمع، في حين أن القاعدة البسيطة تتصف بالنسبية و المحدودية، و يقرر **الأستاذ** بأن ذلك لا ينفي وجود صلات بين المبدأ العام و القاعدة البسيطة، إذ غالبا ما تكون القاعدة مقدمة لظهور مبدأ عام. **أنظر في ذلك:**

- Jeanneau (B) , Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative , Thèse Paris , 1954 , P 270.

(3) Ibid. , P 124 – 136.

طبيعة القرار الإداري الفردي بوصفه الأداة الطبيعية لإسناد مركز أو حق شخصي وذاتي للأفراد.

4- إستنتاج المبدأ من المعتقدات الراسخة في الضمير العام للجماعة، ومن قبيل هذه المبادئ تلك المستمدة من إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير "كالمبادئ المتصلة بفكرة المساواة أو فكرة الحرية" أو غيرها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن **الأستاذ جينوا** في هذا التقسيم بالتصنيف الذي وضعه من قبل **الأستاذ ريفيرو -Rivero-** الذي جعل **مبادئ العامة للقانون في أربعة طوائف** أيضا كمايلي[1]**:**

1- طائفة المبادئ التقليدية المستوحاة من الأفكار والمفاهيم السياسية والإجتماعية التي جاءت بها الثورة الفرنسية.

2- طائفة المبادئ التي يستخلصها القاضي الإداري من القانون الخاص و ينقلها إلى القانون الإداري لتقديره أنها كامنة في كل نظام قانوني.

3- طائفة المبادئ التي يستلهمها القاضي الإداري من طبيعة الأشياء أو مما هو ضروري.

4- طائفة المبادئ المستمدة من العدالة والقواعد الأخلاقية للضمير العام في الجماعة.

وعليه يمكن **تعريف المبادئ العامة للقانون من زاوية القانون الإداري** بأنها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القاضي الإداري من مجموع النظام القانوني السائد في المجتمع ومن ثم يدخلها إلى دائرة القانون الوضعي، لتكون بذلك قاعدة قانونية وضعية، تتسم بالعمومية والتجريد، تلتزم الإدارة بإحترامها بإعتبارها أحد مصادر المشروعية الإدارية، وقد تكون هذه المبادئ خاصة بدولة معينة، أو بمجموعة معينة من الدول تعكس القيم القانونية السائدة فيها كما قد تكون هذه المبادئ مشتركة بين النظم القانونية للدول جميعا مثل "فكرة المساواة"[2].

ومن المسلم به في الفقه والقضاء على أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بالقوة الإلزامية، بإعتبارها من القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، وتدخل **ضمن كتلة المشروعية الإدارية،** غير أن الفقه إختلف حول تحديد المرتبة القانونية لهذه المبادئ في سلم تدرج القواعد القانونية حيث إعتبرها**:**

1- فريق أول من الفقه في مرتبة القواعد الدستورية.

---

(1) Rivero (J) , Le juge administratif français un juge qui gouverne , Dallozch , 1951 , P 21 Ets.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1992 ، ص 15 و ما بعدها.

2- بينما وضعها فريق ثاني في مرتبة وسط بين الدستور والقانون، إذ تعلو على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور[1].

3- و جعلها فريق ثالث في نفس مرتبة القانون العادي[2].

4- في حين عدها فريق رابع في مركز وسط بين القانون والتنظيم - اللائحة - أي مرتبة أعلى من التنظيم وأدنى من القانون[3].

5- وميز فريق آخر بين ما إذا كانت هذه المبادئ مستمدة من مجموع القواعد الدستورية، و بين ما إذا كانت مستخلصة من روح التشريع العام، حيث إعتبرها في الحالة الأولى مماثلة في قوتها للقواعد الدستورية، و إعتبرها في الحالة الثانية مماثلة لقوة القانون.

والرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين، سواء في فرنسا أو في مصر هو ما ذهب إليه الفريق الثالث، الذي جعل المبادئ العامة للقانون في مرتبة وقوة القانون العادي في سلم تدرج القواعد القانونية[4].

ونخلص إلى أنه على الإدارة الإلتزام بمقتضى هذه المبادئ فيما تقوم به من أعمال قانونية أو مادية في مختلف أوجه نشاطها، باعتبار أن هذه المبادئ تعد مصدرا من مصادر المشروعية الإدارية، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية الأخرى التي تشكل "كتلة المشروعية الإدارية"، فإذا ما خرجت عنها الإدارة وقع عملها في دائرة عدم المشروعية، و عليه فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمبادئ العامة للقانون سواءا من حيث تكوينها وإدماجها في منظومة القانون الوضعي أو من حيث مرتبتها وقوتها في سلم تدرج قواعد المشروعية الإدارية، **فما هو موقع قاعدة التناسب و هل يمكن إعتبارها أحد المبادئ العامة للقانون؟**

يقرر **الأستاذ الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب** في هذا الشأن، بأن قاعدة التناسب لم تطبق في مصر إلا في مجال التأديب -العقوبة التأديبية- كما رأينا سابقا فيما يعرف "بقضاء الغلو "، ومن ثم فإنه ولئن كانت هذه القاعدة قابلة للتطبيق على كل قرار تأديبي مشوب بالغلو، كما أكدته أحكام القضاء الإداري إلا أن تطبيقها قاصر فقط على هذا النطاق، وبالتالي تبقى قاعدة قضائية عادية، لمحدودية النطاق والمجال التي تعمل و تطبق فيه، و لا يمكن إعتبارها أحد المبادئ العامة للقانون التي من خصائصها الجوهرية أنها واسعة النطاق وعامة التطبيق[5].

---

[1] سامي جمال الدين ، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 59.
[2] مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 735.
[3] محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص 40.
[4] محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 154 و ما بعدها.
[5] المرجع نفسه ، ص 257.

غير أنه في الواقع بالرجوع إلى نظرية المبادئ العامة للقانون نجد عددا من هذه المبادئ تؤدي - من وجهة نظر منطقية - إلى مفهوم التناسب، كمبدأ المساواة في صوره المتعددة الذي يفترض تحقيق تناسب مطلق بين المخاطبين بأحكامه، كما أن فكرة التناسب لها تطبيقات متعددة في مختلف الأنظمة القانونية، حيث نجدها بشكل واضح في "جرائم التعزيز" المقررة بأحكام الشريعة الإسلامية، كما نجدها قائمة في مجال القانون الجنائي سواء عند تقدير القاضي للعقوبة أو عند بحثه لعدم مجاورة دفع الإعتداء في حدود حق الدفاع الشرعي، ونجدها كذلك في نطاق القانون المدني عند تقدير التعويض المناسب عن الإخلال بالإلتزام، وفضلا عن ذلك فإن هناك جانب من الفقه قد جرى على إطلاق وصف المبدأ على التناسب، وذلك أمر مفروغ منه ومسلم به و لا خلاف عليه[1]، مما يصعب القول والتسليم والأخذ برأي الأستاذ السابق على أنها قاعدة محدودة المجال التي تعمل وتطبق فيه.

وهذا ما أوضحه **الأستاذ -Philippe-** بقوله إنه على الرغم من عدم وجود مبدأ عام يخص التناسب، إلا أن هناك تطبيقات دقيقة تنتمي إليه، مستوحاة بصورة واضحة من "مبدأ المساواة"، أو يمثل لذلك "لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة"، الذي يتطلب تناسبا بين العبء أو التكليف وبين المقدرة أو الكفاءة، عند توزيع الأعباء العامة بين المواطنين حيث تكون مقسمة عليهم بما يتناسب ومقدرة كل منهم[2]، ونفهم بأن التناسب يرتبط إرتباطا وثيقا **"بفكرة المساواة القانونية"**، بما تعنيه من عدم الإخلال في المعاملة بين من تتماثل مراكزهم و ظروفهم، ولهذا لا يلزم و لا يحتم مبدأ المساواة في مضمونه خضوع الكافة لمعاملة موحدة لا إختلاف و لا تنوع فيها، رغم ما بينهم من إختلاف و تباين في الظروف و الأوضاع، ذلك أن المساواة الحقيقية ليست مساواة حسابية، نتجاهل ما قد يحيط بكل فرد من ظروف شخصية أو واقعية تتصل بمركزه فمثل هذه المساواة هي مساواة صورية، فالمساواة الحقيقية هي مساواة قانونية، تأخذ بالإعتبار التنوع الطبيعي فيما بين الأشخاص وفيما بين الوقائع، بحيث يكون للظروف الملابسة لكل منهم أثره في المعاملة القانونية.

وهكذا يمكن القول بأن فكرة التناسب التي إبتدعها القضاء الإداري من خلال دوره الخلاق في إنشاء قواعد القانون الإداري، ترتد في جذورها إلى فكرة المساواة القانونية بما تعنيه من حماية قانونية متكافئة في مواجهة التمييز الذي ينقصه التبرير الموضوعي، وعليه يمكن القول بأن التناسب مبدأ فرعي مشتق من مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ المساواة أمام القانون بمفهومه المرن لا الجامد الذي يقيم تناسبا معقولا مرنا وليس دقيقا جامدا، وبالتالي يندرج التناسب ضمن كتلة قواعد المشروعية الإدارية لا بوصفه نصا قانونيا، وإنما باعتباره أحد مكونات نظرية المبادئ العامة للقانون التي تتشكل بإستمرار وتساهم في تطوير أحكام القانون الإداري لتضمن مسايرته لما يستجد في الحياة الإدارية.

---

(1) سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 257.

(2) Philippe . Xavier , op. cit. , P 99 Ets.

2- الضوابط العملية لتطبيق مبدأ التناسب على التقدير الإداري

بإعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة، حتى و إن تعلقت بجانب من جوانب الملاءمة في العمل الإداري، فإنها غير معصومة من رقابة القضاء الذي تقتصر مهمته على التأكد بأن ممارسته تلك السلطة قد نمت في إطار حدود المشروعية، وقد أشار الفقه إلى هذه الحدود التي وضعها القضاء بهذا الصدد ونوجزها فيما يأتي(1):

1- الحد الأقصى للمعقولية: ومؤدى ذلك أن المنطق يتطلب من الإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية ألا تتجاوز أقصى الحدود المعقولة، وهذه الحدود المعقولة تصبح بفعل فكرة التناسب التي تقوم على تحقيق التوازن بين فاعلية العمل الإداري وحقوق الأفراد حدودا قانونية للسلطة التقديرية.

2- مبدأ حسن الإدارة: وهذا المبدأ يعتبر تطبيقا لقاعدة تتعلق بأخلاقيات الإدارة، بحيث إذا كان يمكن إتخاذ القرار الإداري بإجراء أكثر يسرا وأقل إفراطا وتشددا، فإن إتخاذه بإجراء أكثر عسرا وأشد إفراطا وتشددا، من شأنه جعل القرار غير مناسب لعدم الملاءمة الظاهرة أو الخطأ الظاهر في التقدير الذي يشوبه(2).

3- مبدأ المساواة: ومفاده أن تمارس الإدارة سلطتها التقديرية بطريقة موحدة لا تمايز فيها بين الحالات المتماثلة، دون أن يعني ذلك تحقيق مساواة حسابية وإنما مساواة فعلية، تأخذ بالإعتبار عناصر التفاوت بين الحالات المختلفة بما يصاحبها من تنوع في الظروف و الملابسات.

وهذه بإختصار الضوابط العملية التي فرضها القضاء الإداري لتطبق فكرة التناسب على التقدير الإداري بإعتبارها حد جديدا على السلطة التقديرية للإدارة.

ثالثا: التناسب بين المشروعية و الملاءمة

يكاد يجمع فقه القانون الاداري بأن "القاعدة العامة" في رقابة القضاء الاداري على أعمال الادارة هي رقابة مشروعية في نطاق قضاء الالغاء أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها في فرنسا، أي أنها تقتصر على فحص مشروعية القرارات الادارية، وتقرير موافقتها أو عدم موافقتها لقواعد القانون، والتي تشكل كتلة المشروعية الادارية - المذكورة سابقا- وذلك دون أن تمتد هذه الرقابة الى بحث مدى ملاءمة تلك القرارات، لعدم جواز تدخل القاضي في جوانب الملاءمة المتروكة لتقدير الادارة وحدها، ومقتضى هذه **القاعدة** وكما أشرنا سابقا أنه يجب على القاضي الاداري الإمتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية و خطورة الوقائع

(1) محمد عصفور ، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة و التفسير و الإبداع ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1957 ، ص 118 و ما بعدها.

(2) محمود سلامة جبر ، المرجع السابق ، ص 73.

التي إستندت إليها كسبب لقرارها، ومدى التناسب بين هذا السبب والاجراء المتخذ على أساسه، إذ أن القاضي الاداري إذا فعل ذلك، فانه يكون قد مارس أحد إختصاصات الادارة و يصبح هنا رئيسا أعلى للإدارة من جهة وبالتالي تعارض رقابة الملاءمة مع مبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى.

وهذا **"الإعتبارين"** دفعا ببعض الفقه الى القول بتعارض الملاءمة مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهما النظرة الجامدة للمبدأ **أولا**، والتي تفسره تفسيرا ضيقا، والتشكيك في قدرة القاضي على القيام بهذه الرقابة **ثانيا**[1].

وفي هذا المعنى يقول **الأستاذ فالين -Waline-** أن عمل الإدارة يتمثل أساسا في الإختيار بين مجموعة القرارات التي يمكن إتخاذها قانونا، لتقدر من بينها أكثرها إتفاقا مع متطلبات الصالح العام، فإذا تدخل القاضي فيما أجرته من تقدير وإختيار، وإلغاء القرار الذي يرى أنه لا يتحقق معه الصالح العام بدرجة كافية، فانه في هذا الغرض، لا يصبح قاضيا وإنما رئيسا أعلى للادارة[2]، كما يعبر جانب أخر من الفقه الاداري عن ذلك بقوله أن القاضي الاداري في دعوى الإلغاء يجب أن يقتصر على فحص مشروعية القرارات الادارية دون التعرض لتقدير ملاءمتها[3]، وهذا ما كان يردده "مجلس الدولة الفرنسي" في قضائه التقليدي - كم رأينا سابقا- ، بأن أوجه الطعن الأخرى المتعلقة بملاءمة القرار، لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن بمجاوزة السلطة وهو ما كانت تجري به أيضا أحكام القضاء الاداري المصري. إذ لم يخرج القضاء الاداري على هذه القاعدة حتى وقت قريب نسبيا إلا فيما يخص قرارات الضبط الاداري، بتصديه منذ زمن غير قصير لفحص ملاءمتها ومدى التناسب بين أسبابها و محلها كإستثناء من القاعدة العامة في الرقابة التي يباشرها على أعمال الادارة[4].

وقد أجهد الفقه نفسه في إيجاد تبرير لهذا الإستثناء، ومحاولة منه التوفيق بينه وبين القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الادارة، إنطلاقا من رأي شائع يرى أن فكرة المشروعية مناقضة لفكرة الملاءمة بإعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة تعني حرية ملاءمة قراراتها في كل ما يخرج عن نطاق المشروعية، ولما كانت رقابة القضاء الإداري هي رقابة مشروعية، فإنه يتعين أن تقف عند حد المشروعية دون أن تتجاوز ذلك الى إطار الملاءمة المتروكة للإدارة[5].

وقد أوضح **الأستاذ ديبيسون -Dubisson-** في **رسالته** من خلال تحليله لفكرتي المشروعية و الملاءمة، بأن هتين الفكرتين ليستا في مسار واحد وبالتالي فلا يمكن أن تكونا

---

(1) حاحة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 90.

(2) Waline (M) , op. cit. , P 27.

(3) Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 81.

(4) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 121.
أنظر أيضا: - محمد حسنين عبد العال ، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 2 ، 1991 ، ص 121.

(5) **لتفصيل أكثر حول هذا الرأي و نقده أنظر:** - رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 176 و ما بعدها.

متناقضتين، فمشروعية تصرف ما تقاس بمدى إلتزامه بقواعد القانون، ومن ثم فإن فكرة المشروعية مستمدة من النظام القانوني، أما ملاءمة تصرف معين فهي فكرة مادية أو عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، في ضوء ما يحيط بهذا المركز من إعتبارات الزمان و المكان و الظروف الملابسة، فمشروعية الإجراء تتحدد بقيمته القانونية إتجاه قواعد ملزمة، أما ملاءمة هذا الإجراء فتتمثل في موافقته مع ما يتمتع به من قيمة فنية أو واقعية حيال بعض القواعد غير الملزمة، والتي قد تكون جديرة بالاحترام[1]، **و خلص الأستاذ ديبيسون** بذلك إلى التقرير - و بحق - بأن **المشروعية و الملاءمة ليسا فكرتين متناقضتين**، فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية، كما أن نقيض الملاءمة هو عدم الملاءمة، فإذا كانت مشروعية القرار يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد المشروعية، فإن تقدير ملاءمة هذا القرار لا يمكن أن يتم إلا في ضوء مجموعة من العوامل المتميزة عن فكرة المشروعية، ولذا قد تكون هناك قرارات مشروعة ولكنها غير ملاءمة، كما قد تكون هناك قرارات غير مشروعة ولكنها ملاءمة، وعليه فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الجمع بين إعتبارات المشروعية وإعتبارات الملاءمة في قرار واحد لكونهما غير متعارضتين[2].

وتماشيا مع هذا المفهوم دعى **الأستاذ فالين -Waline-** وكما رأينا سابقا، إلى ضرورة التخلي عن القول بأن القاضي الاداري في دعوى الإلغاء يراقب المشروعية دون الملاءمة، مما يستفاد منه وجود تعارض بين هاتين الفكرتين، وتعويض ذلك بالقول، أن القاضي الاداري يراقب المشروعية، وهو ما قد يدفعه في بعض الأحوال الى أن يراقب الملاءمة كذلك، عندما تكون شرطا لهذه المشروعية[3].

كما بين **العميد فيدل -Vedel-** الكيفية التي تجعل من "الملاءمة شرطا للمشروعية" في حالة الضبط الاداري بقوله، إن إجراءات الضبط بإعتبارها تمس الحريات العامة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ضرورية لحماية النظام، أي ملاءمة ومن ثم فإن القاضي الاداري عندما يتحقق من قيام هذه الضرورة، فإنه يتعرض للملاءمة حتما، وذلك دون أن يتجاوز حدود إختصاصه في الرقابة على المشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة تصبح شرطا للمشروعية[4].

وبذلك أمكن إدخال بعض عناصر الملاءمة، التي تخرج أصلا عن حدود رقابة القضاء الاداري، ضمن شروط مشروعية القرار الاداري، ليس بفعل المشرع، وإنما بفعل القضاء من خلال سلطته الخلاقة في إنشاء القواعد القانونية، بوصفه مصدرا رسميا لقواعد المشروعية الادارية. وهذا ما يتفق مع قول **الأستاذ لوبادير -De Laubadére -** "بأنه إلى جوار السلطة

---

(1) Dubisson (M) , La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir , Thèse paris , L.G.D.J. , 1958 , P 35 Ets.
(2) Ibid. , P 59.
(3) Waline (M) , op. cit. , P 27 Ets.
(4) Vedel (G) , Essai sur la notion de cause en droit administratif française , op. cit. , P 214.

المقيدة للإدارة بواسطة المشرع، توجد أيضا سلطة مقيدة للإدارة بواسطة القضاء وهي التي تمكن فيها أساسا رقابته على بعض عناصر الملاءمة[1].

وتجدر الاشارة الى أن **الأستاذ رمضان محمد بطيخ،** يرفض إعتبار الملاءمة شرطا من الشروط المشروعية في هذه الحالة، على الرغم من إعترافه بالدور الخلاق للقضاء الاداري في إنشاء القواعد القانونية وذلك بمقولة أن القاعدة التي تم الإستاد عليها في ذلك لم تكن قد ولدت بعد لحظة الفصل في النزاع الذي صدرت من أجله، مما يتخلف معه الأساس في إعتبارها شرطا للمشروعية بهذا الشأن، وينتهي إلى الإقرار بحق القضاء الاداري في ممارسة رقابته على الملاءمة، لا لإعتبارها شرطا للمشروعية وإنما تبعا للسياسة القضائية التي ينتهجها بحسب تطور رقابته على أعمال الادارة للحد من سلطتها التقديرية[2].

ومن خلال ذلك تظهر لنا أن الحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية ونطاق الملاءمة، ليست ثابتة وإنما متحركة[3]، تدفعها قوة القضاء الاداري، بفعل مرونته وإستجابته السريعة لمتطلبات الحياة الادارية بما فيها من مستجدات وتطورات، وهذا ما عبر عنه البعض بقولهم **أن رقابة قاضي الإلغاء في حالة مد، تقابلها حالة جزر للسلطة التقديرية لرجل الادارة.**

كما نضيف أيضا ردا على الإعتبارين السابقين واللذين دفعا ببعض الفقه إلى القول بتعارض الملاءمة مع مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن غالبية الفقه يرى العكس أي بأنه لا يوجد تعارض بين الملاءمة ومبدأ الفصل بين السلطات ونحن نتفق معهم في ذلك.

فبالنسبة للإعتبار الأول: فرقابة الوقائع لا تعدو أن تكون ترجمة لعلاقة القاضي الإداري بالإدارة، فالعلاقة بينهما مستمرة وتسمح بهذه الرقابة و لا يمكن إعتبارها علاقة سليمة، فضلا على أنه يجب النظر الى مبدأ الفصل بين السلطات وفقا للمفهوم الحديث المرن، والذي يعني قيام تعاون متبادل بين السلطات[4].

أما بالنسبة للإعتبار الثاني: فتقدير أهمية و خطورة الوقائع ليس بالأمر المستعصي على القاضي الإداري المتمرس في رقابة تصرفات الادارة، والمعاون لها في نفس الوقت، ضف إلى ذلك أنه إذا كان تقدير هذه الوقائع قد تجاوز الحد المعقول، وكان الخطأ فيها صارخا فهو بالأمر السهل في إدراكه للإنسان العاقل العادي وليس القاضي فحسب[5].

---

[1] André . De Laubadére , op. cit. , P 255 Ets.

[2] رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 183 و ما بعدها.

[3] محمود سلامة جبر ، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء ، المرجع السابق ، ص 132.

[4] جعفر محمد أنس قاسم ، الوسيط في القانون العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص 114.

[5] محمد النجار زكي ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 69.

وعليه وما يستنبط أخيرا، لما كان التناسب، هو أحد جوانب الملاءمة في القرار الاداري، و التي تتمثل في تقدير وجوب التدخل أو الإمتناع، و إختيار وقت هذا التدخل، و أخيرا تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة و أهمية السبب، فإن التناسب بهذه المثابة يكون واحدا من الجوانب المذكورة التي تقوم عليها الملاءمة، والذي أدمج وأضيف عن طريق القضاء في نطاق المشروعية، وذلك لتحقيق التوازن بين إعتبارات فاعلية الادارة من جهة، وبين مقتضيات ضمان حقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى.

وهكذا تم إلحاق التناسب، الذي يعد أحد جوانب الملاءمة، بنطاق المشروعية كشرط من شروط مشروعية القرار الاداري، ومن ثم خضوعه لرقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الاداري على أعمال الإدارة، وتغيرت بذلك الصيغة التي كان عليها "مجلس الدولة الفرنسي" في قضائه التقليدي، إذ بعد أن كانت تشير في مضمونها إلى أن تقدير الإدارة للوقائع، لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن لمجاوزة السلطة، طالما لم يكن مبنيا على وقائع غير صحيحة أو يرتكز على خطأ في القانون، أو معيبا بإساءة إستعمال السلطة، أضافت إلى ذلك عنصرا جديدا يتعلق بما نحن بصدده، **قائلة "أو لم يكن مشوبا بخطأ ظاهر"** وأصبحت هذه هي الصيغة الجديدة الذي يأخذ بها القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي(1).

رابعا: طبيعة عيب عدم التناسب

وكما أشرنا سابقا، بأن مبدأ الملاءمة بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع بمناسبتها قد أثار جدلا فقهيا واسعا حول حرية التقدير والملاءمة التي تتمتع بها السلطة التأديبية، وهي بصدد إجراء المناسبة بين الذنب و الجزاء، و قد أدى ذلك إلى **ظهور ثلاثة إتجاهات فقهية**، إذ يذهب **الأول** إلى وجوب تمتع السلطة التأديبية بالحرية الكافية في هذا الصدد و يرى **الإتجاه الثاني** خلاف ذلك، أي وجوب الحد من سلطة التقدير التي تتمتع بها السلطة التأديبية، أما **الاتجاه الثالث** فقد جاء وسط بين هذين الإتجاهين، وبمعنى آخر فقد **إنقسم الفقه** إلى **مؤيد و معارض و رأي وسط بينهما(2).**

غير أنه ولعل أن الخلاف الحقيقي في شأن "رقابة التناسب" أو "قضاء الغلو" كما يسميه الفقه المصري، إنما يكمن في **تحديد الطبيعة القانونية لعيب عدم التناسب** أو كما يقول الفقه المصري بشأنها "التكييف القانوني لقضاء الغلو" وبمعنى آخر تحديد موطن العيب الذي يعتور القرار الاداري المشوب بعيب عدم التناسب أو الغلو.

---

(1) أيمن محمد حسن ، المشروعية الإدارية و حدود رقابة الملاءمة ، مجلة هيئة قضايا الحكومة ، السنة 28 ، العدد 01 ، مارس 1984، ص 115.

أنظر أيضا: - رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق، ص 235.

(2) **لتفصيل أكثر حول الخلاف الفقهي ذو ثلاثة إتجاهات أو بين مؤيد و معارض و رأي وسط أنظر:**

- عمري بوفليجة ، المرجع السابق ، ص 150 و ما بعدها.
- محمد بكر حسين ، المرجع السابق ، ص 53 و ما بعدها.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 459 و ما بعدها.

فإذا كان الفقه المؤيد لهذا المبدأ وهذا القضاء يرى أن التناسب بين السبب و المحل قد تحول من دائرة الملاءمة في الحالات التي ينطبق فيها هذا المبدأ ليكون أحد شروط مشروعية القرار، فإنه لم يتفق على العيب الذي يعد وجه الإلغاء ليمثل هذا القرار، ومع ملاحظة أن هذا العيب يتصل بالمشروعية الداخلية للقرار الاداري فمن الطبيعي إستبعاد عيبي الشكل و الإجراءات و الإختصاص.

وعليه فهناك من يرى أن عدم التناسب هو ذاته عيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها -أي يتصل بعيب الغاية-، بينما ذهب رأي أخر على أنه يدخل في نطاق الرقابة على السبب -أي يتصل بعنصر السبب-، واتجه رأي ثالث إلى ربط عيب عدم التناسب بعنصر المحل أي عيب مخلفة القانون.

1- عدم التناسب (الغلو) يتصل بعيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها•

على الرغم من إتفاق عدد كبير من الفقهاء على مسألة عدم التناسب (الغلو) من المسائل المتصلة بعيب الغاية أي الإنحراف بالسلطة وإساءة إستعمالها، إلا أن الخلاف قد وقع بينهم حول طبيعة هذه الصلة.

فرأي أول يرى أن عدم التناسب بين الجزاء التأديبي وبين المخالفة التأديبية هو إنحراف في إستعمال السلطة، وعليه فإستعمال القضاء لكلمة الغلو هو بديل لإستعمال كلمة الإنحراف بالسلطة أو التعسف. والسلطة التأديبية تمارس إختصاصا تقديريا عند إختيار العقوبة المناسبة للجريمة والمخالفة الثابتة في حق الموظف، بحيث أن العيب الملازم لإستعمال السلطة التقديرية هو إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها، فلا رقابة على ممارسة الإختصاص التقديري إلا إذا ثبت هذا العيب(1)، وعلى ذلك فعدم التناسب والغلو يندرج في معنى التعسف و الإنحراف و لا يدخل تحت مخالفة القانون، إذ لا يأتي ذلك إلا إذا كنا بصدد ممارسة إختصاص مقيد.

و الرأي الثاني* يتجه إلى الربط بين الملاءمة في القرار الإداري والتناسب بين القرار و محله، ومن تم ليس للقاضي أن يبحث في أهمية الذنب وأهمية الجزاء، إلا إذا كان يملك في الأصل الرقابة على الملاءمة ذاتها، وعليه يرى أصحاب هذا الرأي، بما أنه من الممكن الرقابة على أهمية السبب، وبالتالي رقابة ملاءمة القرار التأديبي، فإنه يبقى تساؤل عما إذا كان عيب عدم التناسب هو بذاته عيب إساءة إستعمال السلطة، أم أنه عيب جديد مستقل عن عيب إساءة إستعمال السلطة والإنحراف بها، و يقوم بجواره؟.

• **من بين أنصار هذا الإتجاه:** - سليمان محمد الطماوي ، - سامي جمال الدين. **أنظر في ذلك:** - نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق ، ص 155

(1) حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، ص 146.

إلا أن أصحاب هذا الرأي نفسهم يرفضون الفرض الأول، بإعتبار أن عيب إساءة إستعمال السلطة يختلف في طبيعته ومضمونه عن عيب الغلو وبالتالي عدم التناسب، كما أنهم يرفضون الفرض الثاني كون هذا العيب، عيب مستقل قائم بذاته، على أساس أن القضاء الإداري يعتد به لأنه يؤدي إلى قيام عيب في الغاية التي توخاها القانون وليس كعيب مستقل، فالقرار المشوب بعدم التناسب والغلو قرار معيب، لا لأنه مصاب بالغلو، وإنما لأنه إذا أصيب بالغلو لا يكون محققا للغرض المشروع من التأديب، وبمعنى آخر أن القضاء الإداري هنا يلغي القرار لعدم التناسب أو الغلو ولكنه يستند في إلغائه إلى عيب من عيوب تجاوز السلطة وهو إساءة إستعمال السلطة والإنحراف بها، والمعيار هنا موضوعي، وهو عدم تحقيق المصلحة العامة، أما عدم الملاءمة الظاهرة فهو ليس معيارا لعيب الإنحراف بل هي قرينة على العيب، يكملها ما إذا كان القرار يحقق مقتضيات المصلحة العامة.

و **رأي ثالث*** يجمع بين سابقيه بالقول أن عدم التناسب والغلو عيب في التقدير يلحق ركن الهدف من القرار التأديبي، ويمكن إثبات وجوده من خلال توافر حالات عدم الملاءمة الظاهرة فيما بين المخالفة و العقوبة، ومن ناحية أخرى يندرج هذا العيب في عداد حالات الإنحراف في إستخدام السلطة[1].

2- عدم التناسب (الغلو) يتصل بعنصر السبب•

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن عدم التناسب أو الغلو في تقدير الجزاء لا يندرج في عيب الإنحراف بالسلطة وإنما هو رقابة على السبب في صورتها القصوى، والتي تتضمن التحقق من أهمية و خطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها و بين الإجراء المتخذ، وذلك لأن الإدارة قد تغالي في تقدير الجزاء دون أن تستهدف غرضا آخر غير الواجب إستهدافه وهو تحقيق الصالح العام[2]، ومن ناحية أخرى يختلف عيب الإنحراف عن عيب عدم التناسب في الطبيعة و المضمون، فالإنحراف هو عيب يستقر في بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنية أي ذو طبيعة ذاتية شخصية، أما عدم التناسب والغلو فهو من طبيعة موضوعية أي أنه تقدير يتم بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة، أما من حيث المضمون فإن الإنحراف غاية غير مشروعة تسعى الإدارة إلى تحقيقها، أما عدم التناسب فهو عدم التناسب بين سبب القرار و محله[3].

---

(1) ** سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 265 – 266.

● **من بين أنصار هذا الإتجاه:** - محمد حسنين عبد العال ، - عصام عبد الوهاب البرزنجي.

(2) محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 184 – 189.

أنظر أيضا: عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 440 – 442.

(3) حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، ص 147 – 148.

3- عدم التناسب (الغلو) يتصل بعنصر المحل - مخالفة القانون-•

يرى أصحاب وأنصار هذا الإتجاه أن إلغاء قرار الجزاء في حالة عدم التناسب والغلو لا يخرج عن أحد الفرضين أو الأمرين:

إما أن يبنى على أساس مخالفة القرار للقانون و **إما** على أساس إساءة إستعمال السلطة، بحيث يتعذر نسب عيب إساءة إستعمال السلطة إلى المحاكم التأديبية أو مجالس التأديب، فإنه يرجح القول أن إلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون بمعناه الحرفي، أو في روحه ومعناه، أو مخالفة المبادئ العامة للقانون، بإعتبار أن المشرع قد نص على عدد من الجزاءات، وليس على جزاء واحد، وإنما قصد إلى أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب تماما وصدقا المخالفة المرتكبة، وعليه فإن توقيع السلطة التأديبية جزاء لا يتناسب مع المخالفة المرتكبة يخرجه من نطاق المشروعية إلى حدود اللامشروعية[1].

● **من بين أنصار هذا الإتجاه: -** عبد الفتاح حسن ، - فؤاد العطار. **أنظر في ذلك:** - نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق ، ص 156.

[1] المرجع نفسه ، ص 156 – 157.

أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 267.

خامسا: تطبيقات الرقابة على التناسب في القضاء الإداري الجزائري

سنقتصر على تبيان موقف وتطبيقات القضاء الإداري الجزائري فقط دون القضاء الفرنسي والمصري، لأننا قد تعرضنا لها في العناصر السابقة وبالأخص في عنصر تطور الرقابة على مبدأ التناسب.

وكما أشرنا سابقا فقد طبق القضاء الإداري الرقابة على التناسب في مجالين أساسيين هما مجال القرارات التأديبية ومجال قرارات الضبط الإداري الماسة بحقوق وحريات الأفراد، مع الملاحظة السابقة الذكر بأن المجال الخصب والحقيقي لهذا النوع من الرقابة هو ميدان العقوبة التأديبية **-أي المجال الأول-**، وعليه فسوف نتطرق **للمجالين** من خلال أحكام وقرارات القضاء الإداري الجزائري **قبل** تبني **"الإزدواجية"** ومن ثم **بعد** تكريسها في نظامنا القضائي بشكل تام.

1- في مجال القرارات التأديبية

تجدر الإشارة بداية بأن موضوع المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة في الجزائر صعب التحديد، ويعود أساسا إلى طبيعة النظام القضائي الجزائري، الذي مر بعدة مراحل وصولا إلى مرحلة الإزدواجية من خلال دستور **1996**[1]، علما أن موضع إزدواجية القضاء في الدستور الجزائري **لسنة 1996** يتجلى من خلال نصوص المواد التالية**:**

- **المادة 143 من الدستور**، فلقد جاء فيها على أنه "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطة الإدارية".

- **وجاء في المادة 152** على أنه "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم".

* يؤسس **مجلس الدولة** كهيئة مقومة لأعمال الجهة القضائية الإدارية.
* تضمن **المحكمة العليا و مجلس الدولة** توحيد الإجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على إحترام القانون.
* تؤسس **محكمة التنازع** تتولى الفصل في حالات تنازع الإختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

- **ونصت المادة 159 من الدستور**، على أنه "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، وإختصاصاتهم الأخرى".

وقد تدخل المشرع بعدها ليصدر سلسلة من **القوانين العضوية** المنظمة لعمل وتشكيل المحكمة العليا ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع.

---
[1] قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 251.

ومن الصعوبات التي تعتري هذا الموضوع **النصوص** المتعلقة بالوظيفة العامة التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال، ولعل أهم القوانين التي أثارت صعوبات في هذا الشأن هو القانون **12/78 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل**(1)، الذي سعى من خلاله المشرع الجزائري إلى توحيد القواعد القانونية التي تحكم كلا من **العامل والموظف**، تجسيدا لمبدأ المساواة المعمول به في النظام الاشتراكي الذي كانت تنتهجه الدولة الجزائرية آنذاك، وسرعان ما عاد الأمر إلى سابق عهده من خلال **المرسوم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية**(2)، الذي أعاد الأمور إلى نصابها في مجال التمييز بين الموظف العام والعامل، وتبعه بعد ذلك صدور **الأمر 03/06**(3)، الذي يكاد أن يكون نظاما شاملا للوظيفة العامة من كل جوانبها(4).

وقبل التطرق إلى موقف وتطبيقات القاضي الجزائري من مسألة الرقابة على الإجراءات التأديبية بصفة عامة، ومبدأ التناسب بصفة خاصة، يجب الإشارة إلى نقطة في غاية الأهمية أراد من خلالها المشرع الجزائري وضع ضوابط معينة ينبغي على السلطة التأديبية أن تتقيد بها في تقرير العقوبات التأديبية، فهذه **النقطة** وردت في **المادة 63 من المرسوم 302/82 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بالأخطاء المهنية و عقوباتها**(5) والتي نصت على أنه "يخضع **تحديد العقوبة التأديبية** المطبقة لدرجة **خطورة الخطأ**، وللظروف **المخففة أو المغلظة** التي أرتكب فيها، **ولمدى مسؤولية العامل المدان، وعواقب خطئه على الإنتاج وللضرر** الذي يلحق الهيئة المستخدمة أو عمالها".

فالملاحظ والظاهر من خلال هذا النص، هو إتجاه إرادة المشرع لصياغة ضوابط معينة لتوقيع الجزاء التأديبي، وذلك من خلال تقدير درجة الخطورة، والظروف التي أحاطت بالموظف أثناء إرتكابه للخطأ التأديبي- وذلك بمعرفة كل الظروف المخففة والظروف المشددة التي صاحبت إرتكاب الخطأ-، كما أن تحديد العقوبة يخضع أيضا لإعتبارات تتعلق بالمركز الوظيفي للموظف، ومدى تأثير هذا الخطأ على أداء المرفق العام لمهامه، أو الضرر الذي لحق بأمن الهيئة المستخدمة أو عمالها.

وعليه فمن بين القضايا التي يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد و قبل تبني الإزدواجية في نظامنا القضائي:

القضية التي فصلت فيها **"الغرفة الإدارية"** بالمحكمة العليا سابقا، **قضية (ح.م) ضد (و.و.س.و.ص.ع)**(6)، التي تتلخص وقائعها في أنه صدر **قرار بعزل** من **والي ولاية سكيكدة**

---

(1) القانون رقم 78-12 ، المتعلق بالقانون الأساسي العام للعمال.

(2) المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 1985/03/23 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 13.

(3) الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/07/15 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 46.

(4) المرجع السابق ، ص 252.

(5) المرسوم رقم 82-302 المؤرخ في 1982/09/11 ، المتعلق بالأخطاء المهنية وعقوباتها ، الجريدة الرسمية ، العدد 11.

(6) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 558006 ، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، قضية (ح.م) ضد ==

الصادر في **11 أكتوبر 1986** ضد **السيد (ح.م)** من منصبه كعون تقني طبي في القطاع الصحي للأمراض النفسية بالحروش، بعد إصابة هذا الأخير بإضطرابات نفسية، إستفاد من خلالها بعطلة مرضية طويلة الأمد قدرها **ثلاثة أشهر** إبتداءا من **24 سبتمبر 1983** إلى غاية **24 ديسمبر 1983.**

وعلى إثر ذلك قامت إدارة المستشفى بإخضاعه لخبرة مضادة إنتهت إلى تأييد تشخيص الطبيب الأول.

لكن اللجنة الطبية لولاية سكيكدة في **17 جوان 1986** رفضت الشهادات الطبية الطويلة الأمد على الرغم من عجزه البدني عن القيام بعمله، وبناء على ذلك إستلم إعذارا من طرف القطاع الصحي للأمراض النفسية يأمره بالإلتحاق بمنصبه وهو الإعذار الذي أتبع **بمقرر العزل** المتخذ من طرف الوالي.

ولما عرضت القضية على "الغرفة الإدارية للمحكمة العليا"، جاء ردها على النحو التالي**:**

"...من المستقر عليه في القضاء الإداري أنه في حالة إهمال المنصب فإن الموظف لا يستفيد من أية حماية قانونية، ومن ثم فإن طعن المعني في المقرر الإداري بتجاوز السلطة غير سديد. **و لما كان من الثابت في قضية الحال،** أن **الطاعن -الموظف- أعذر ثلاث مرات** بواسطة رسائل متضمنة الالتحاق منصبه..... ومن ثم فإن الإدارة التي إعتبرته في حالة إهمال المنصب، واتخذت ضده قرار العزل لم تخالف القانون ضده**...".**

وبالرجوع إلى هذا القرار يتضح مدى الرقابة التي باشرتها "الغرفة الإدارية" على القرار التأديبي، وإعتبارها من الإختصاصات الأصيلة في هذا المجال، دون أن تشكل لها مسألة السلطة التقديرية للإدارة أي عبئ في هذا الصدد، حيث تفادت الدخول في مدى أحقيتها بهذه الرقابة من عدمه، غير أن ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد، هو أنها كانت دائما تنتهي إلى تأييد القرار التأديبي الصادر عن السلطة الإدارية، كما رأينا سابقا فيما يخص الحكم التي أصدرته الغرفة الإدارية على إثر **- قضية الشرطي ضد كل من المدير العام الأمن الوطني و وزير الداخلية - و الصادر بتاريخ 07 جويلية 1985.**

كذلك من القضايا التي يمكن التوقف عندها في هذا الصدد **قضية (والي ولاية بسكرة) ضد (ش.ع)**[1]، التي كانت بمناسبة صدور قرارين، القرار الأول كان بتاريخ **21 أكتوبر 1991** يتضمن **تعيين (ش.ع)** أمينا عاما **لدائرة مشونش،** والقرار الثاني كان بتاريخ **27 نوفمبر 1991 يتضمن فصله.**

= = (و.و.س.و.ص.ع) ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992 ، ص 139.

[1] قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 1156557 ، المؤرخ في 05 جانفي 1997 ، قضية (والي ولاية بسكرة) ضد (ش.ع) ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، د.و.أ.ت ، 1997 ، ص 101.

فالسيد (ش.ع) كان موظفا برتبة متصرف إداري ملحق بديوان الوالي، وعين **أمينا عاما لدائرة مشونش**، ولكنه رفض الإلتحاق بوظيفته الجديدة، ووجهت له إعذارات لكنه رفض تنفيذ قرار النقل، وبالتالي قام الوالي بفصله. ومما جاء في وقائع القضية أن **الموظف (ش.ع)** يشغل رتبة متصرف إداري **بولاية بسكرة**، ورفضه للإلتحاق كان لأسباب عائلية، وأن صنفه هو **05/17** في حين أن صنف الأمين العام هو **02/17**، وأن هذا النقل يعتبر بمثابة تنزيل في الرتبة.

ولما عرضت القضية على القضاء ممثلا في "الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا" التي قررت أنه: "**...**من المقرر أن السلطة التي لها صلاحية التعيين هي التي لها صلاحيات تحديد عقوبات الدرجة الثالثة بعد موافقة لجنة الموظفين.

ومن المقرر أن النقل يتم لصالح المرفق العام بشرط أن لا يشكل نقلا تلقائيا، ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن الطاعن كان محل تنزيل مقنع في الرتبة تحت غطاء النقل، لأنه كان متصرفا إداريا يتمتع بصنف **05/17**، بينما صنف الأمين العام هو: **02/17.**

و بمجرد رفضه قام **الوالي** بفصله دون أخذ **رأي لجنة الموظفين**، فإن قضاة الدرجة الأولى **"**للغرفة الإدارية للمجلس القضائي**"** لما **قضوا بإبطال قرار الوالي** لخرقه للقانون، قد طبقوا القانون تطبيقا سليما**..."**

و عليه فهذا الحكم يعتبر كسابقه نقطة تحول في "قضاء الغرفة الإدارية"، حيث إنتقلت من مرحلة تأييد ما جاء في قرارات السلطة الإدارية، إلى مرحلة أكثر تقدما وهي مخالفة ما قررته السلطة الإدارية في هذا المجال، وهو ما يشكل قفزة نوعية في رقابة القضاء الإداري لقرارات التأديب الصادرة عن السلطة الإدارية.

وكذلك في نفس السياق نجد أن "مجلس الدولة الجزائري" كرس نفس الإتجاه في هذه المسألة و المتعلقة بالنقل لضرورة المصلحة العامة، وهذا ما نلحظه من خلال **قراره** الصادر عن **- الغرفة الثانية -، ملف القضية رقم 005485** ، **بتاريخ 22 جويلية 2002** ، بحيث أن المستأنفة **(مصدرة القرار)** تنعي على القرار المعاد على أن المجلس أخطأ في تقدير الوقائع و في تطبيق القانون بدعوى أنه تم نقل المستأنف عليه **(الذي صدر القرار في حقه)** من مقر محافظة الغابات بقالمة إلى إقليم الغابات بالنشماية ولاية قالمة بسبب المصلحة العامة. لكن حيث أنه طبقا للمادة **120 من** المرسوم **85-60 الذي** يحدد إجراءات تطبيق المرسوم **85-59** السالف الذكر، نجد أن المستأنفة لم تحترم وأغفلت الإجراء الضروري بعرض ملف الإداري **للمستأنف عليه** على لجنة الموظفين، مما عرضت **مقرر النقل** إلى الإلغاء[1].

---

[1] قرار مجلس الدولة -الغرفة الثانية- ، ملف القضية رقم 005485 ، المؤرخ في 22 جويلية 2002 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 05 ، 2004 ، ص 147. قرار **مشار إليه عند**: - عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية (الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية) ، القسم الثاني ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2013 ، ص 308 – 309.

وعليه يمكن القول أن مجلس الدولة إتبع نفس النهج الذي إنتهجته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، حيث لم يتوان في بسط رقابته على سلطة الإدارة في إصدار القرارات في مجال الوظيفة العمومية وخاصة بمناسبة توقيع الجزاءات التأديبية.

ومن بين القضايا التى مارس فيها مجلس الدولة رقابته في هذا المجال، **"بداية أولا" بحكم** يقر فيه بأن ملاءمة العقوبة التأديبية هو أمر تستقل الإدارة وحدها بتقديره في حدود فكرة الإنحراف بالسلطة، ما تم **الحكم به:**

بجلسة 27 جويلية 1998، رقم الملف 137195 في **قضية (المندوبية التنفيذية لبلدية بني ولمان) ضد السيد (د.ع)[1].**

- "حيث أن المستأنف يذكر بأن **السيد (د.ع)** قد نصب في وظيفته مديرا لمؤسسة بلدية بتاريخ **1987** وشغل هذه الوظيفة إلى غاية **4 جانفي 1990**، وتم تسريحه على إثر زيارة **والي سكيكدة** للورشة التي كانت تحت مسؤوليته وكان غائبا، ولهذا السبب إتخذ الوالي قرار تسريحه من المنصب.

- وحيث أن المستأنف يتمسك بأن القرار المطعون فيه لم يحترم نص **المادة 79** من القانون **82/06** المؤرخ في **1982/04/7** وكذلك نص **المادة 133 من القانون 78/12** المؤرخ في **1978/08/5.**

وبما أن **القضية** تتعلق **بمنصب نوعي** أي منصب مؤقت قابل للتراجع عنه و "أن الإدارة تقدر بكل سيادة مدى ملائمة القرار الواجب إتخاذه"، وبالتالي **أخطأ قضاة الدرجة الأولى** لما أبطلوا مقرر التسريح الصادر ضد **السيد (د.ع)...".**

ولدينا بخصوص إمتداد رقابة "قاضي مجلس الدولة" إلى بحث مدي ملائمة القرارات التأديبية وتصديه الى تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ التأديبي، **قرار مجلس** الدولة بجلسة **26 جويلية 1999 رقم الملف 880183 في قضية (برحمة يوسف) ضد (مدير التربية و التعليم لولاية سيدي بلعباس)[2]** و تتمثل وقائع القضية فيما يلي**:**

يعمل **السيد (برحمة)** موظف بمديرية التربية والتعليم بولاية سيدي بلعباس، إذ كان يشغل **منصب مقتصد** وعوقب بعقوبة **الحبس و الغرامة** فتمت إحالته على المجلس التأديبي بتاريخ

---

(1) قرار مجلس الدولة ، ملف القضية رقم 137195 ، المؤرخ في 27 جويلية 1998 ، قضية (المندوبية التنفيذية لبلدية بني ولمان) ضد السيد (د.ع) . **قرار مشار إليه عند:** - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 354 – 355.

(2) قرار مجلس الدولة - الغرفة الثانية - ، فهرس رقم 371 ، ملف القضية رقم 880183 ، قضية (برحمة يوسف) ضد (مدير التربية والتعليم لولاية سيدي بلعباس) ، غير منشور.

قرار مشار إليه عند: - محمد الصغير بعلي ، المرجع نفسه ، ص 355.

- عمري بوفليجة ، المرجع السابق ، ص 129.
- حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، 142 – 143.

ورد هذا القرار أيضا في: - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة ، الطبعة 4 ، 2006 ، ص 183.

18 أكتوبر 1985 بعد أن أوقف عن عمله من طرف مديرية التربية والتعليم، ولقد أصدرت في حقه لجنة الطعن **قرارا** في **11 أوت 1996** بتسريحه من العمل دون إشعار أو تعويض.

فقام **السيد (برحمة)** برفع دعوى قضائية أمام "الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سيدي بلعباس" طالبا القضاء بإرجاعه إلى عمله و بتاريخ **14 أكتوبر 1996** أصدرت الغرفة الإدارية بالمجلس **قرار برفض** دعواه لعدم التأسيس **فأستأنف** ذلك القرار أمام "مجلس الدولة" الذي **قضى بتأييد** القرار مسببا قراره بما يلي**:**

-" حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في تسليط عليه **شهرين حبسا نافذة و غرامة قدرها 2000 دج.**

- وحيث أن **المستأنف** يعمل في حقل التربية والتعليم، وأنه كان يشغل منصب مقتصد، مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليما من السلوكات اللاأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة.

- حيث أن العقوبة المسلطة على **المستأنف** تتنافى مع الواجبات المفروضة عليه بموجب **المادة 22 من المرسوم رقم 59/85**، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا، وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطعا، فضلا على أنها تدل على إخلال بالسلوك الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي.

- وحيث ترتبتا على ذلك، فإن **المستأنف** يكون قد إرتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعائه.

- وحيث من جهة أخرى، فإن من الثابت فقها وقضاءا، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له "**<u>عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ و العقوبة</u>**"، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

- وعليه حيث بات على ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على **العارض** قائمة على أساس سليم من الواقع و القانون**"**.

ومن خلال طرح القضية نتساءل هل تتناسب العقوبة التي تعرض إليها السيد (برحمة) و هي عقوبة التسريح مع الخطأ الذي إقترفه، و تعرض للإدانة على إثره و عوقب جزائيا لإرتكاب جنحة إنشاء محل للفسق؟

تنص **المادة 22 من المرسوم 59/85 السابق الذكر "**على أن الإلتزام يقع على عاتق العمال والموظفين ويتمثل في أنه عليهم تجنب الأفعال التي تتنافى والحرمة المرتبطة بمهامهم ولو كان ذلك خارج الخدمة**"**، والملاحظ هنا أن النص لم يكتف بأن يكون الإلتزام أثناء الخدمة

الفعلية بل يمتد أيضا إلى خارج الخدمة، وعليه فعلى الموظف أو العامل أن يتجنب أي سلوك مخل بالشرف والذي يسيء إلى عمله وإلى الهيئة التي يعمل بها، إلى جانب أن العقوبة التأديبية المسلطة عليه هي **التسريح** وتصنف في **الدرجة الثالثة** طبقا **للمادة 124 من المرسوم المذكور أعلاه** والتي لا يمكن اللجوء إليها إلا بعد موافقة لجنة التأديب حسب **المادة 127 من نفس المرسوم**، أما بالنسبة **للأخطاء المهنية** فإن **المرسوم أعلاه** يحيل في **مادته 122 إلى تطبيق المواد 61 إلى 76** من **المرسوم 302/82 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بالأخطاء المهنية و عقوباتها**، وتتمثل العقوبة المطبقة على الخطأ من الدرجة الثالثة طبقا **للمادة 75 من نفس المرسوم "**التخفيض في الرتبة بصفة تأديبية إلى التسريح دون إشعار و دون تعويض**"**.

وعليه نعيد طرح السؤال هل تتلاءم العقوبة الموقعة مع الخطأ المرتكب في قضية الحال؟

بما أن العارض حوكم بجنحة مخلة بالشرف والأخلاق وتمت معاقبته جزائيا بالحبس و الغرامة وهذا الحكم يعد من الدرجة الثالثة طبقا للمرسوم المذكور أعلاه، ولكونه إرتكب جريمته الموصوفة أثناء تأديته لعمله، وهي جريمة **ثابتة بحكم نهائي** وهي كذلك من الجنح الأخلاقية والتي تمس بشرف الموظف وأخلاقيات الوظيفة طبقا **للمادة 22 من المرسوم أعلاه،** ولأن المؤسسة التي يعمل بها يتردد عليها كثيرا الأساتذة والتلاميذ وأوليائهم، والإبقاء عليه في منصبه يثير الشبهة إتجاه مديرية التربية وهو مكان موقر - مكان للتربية و العلم - وعليه فالخطأ هنا في غاية الجسامة.

ولأن للإدارة بحسب المبدأ والقاعدة سلطة تقديرية في إختيار العقوبة الملائمة وأن ملاءمة العقوبة للجريمة التأديبية هي مسألة تقديرية.

ولأن رقابة القاضي الإداري تقتصر على التحقق من صحة الوصف المعطى للخطأ التأديبي، وكذا الدرجة التي يدخل فيها، ومن جهة **مدى تناسب الخطأ المرتكب مع العقوبة المسلطة.**

وعليه فرقابة القاضي هنا لا تمتد إلى العقوبة المسلطة إلا من جهة تناسب الدرجة، وبالتالي فالعقوبة المسلطة على **السيد (برحمة)** وهي التسريح تكون **مناسبة مع درجة الخطأ التأديبي الجسيم** الذي ارتكبه وهذا ما خلص إليه قضاء "مجلس الدولة" في قضية الحال.

وهكذا توالت واضطردت أحكام مجلس الدولة في هذا المجال، وباتت **منازعات الوظيفة العمومية** من المنازعات، التي يسهر مجلس الدولة على الفصل فيها عن طريق غرفته الثانية بإعتبارها الغرفة المختصة في هذا المجال، كذلك من القضايا التي تجهد مجلس الدولة لكثرتها من جهة، ولصدور القرارات محل النزاع فيها بمناسبة ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية[1].

---

[1] **لمزيد من التفصيل حول "منازعات الوظيفة العمومية و تطبيقات مجلس الدولة عليها" أنظر:** - عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية (الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية) ، المرجع السابق ، ص 297 و ما بعدها.

ومن بين تطبيقات الرقابة على التناسب كذلك فيما يخص "تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع" **قرار "مجلس الدولة" بجلسة 28 جانفي 2002 رقم الملف: 005240** في **قضية (ع.هـ) ضد (وزير العدل و المجلس الأعلى للقضاء)**[1]، وقد **قضى** "مجلس الدولة" في هذه القضية **بإبطال قرار المجلس الأعلى للقضاء**[2] مسببا قراره بما يلي:

"...حيث أنه يستخلص من دراسة المستندات المودعة في الملف والنقاش بأن **العارض (ع.هـ)** أحيل **سنة 1996** أمام "المجلس الأعلى للقضاء" بسبب الأعمال التالية:

* ممارسة التجارة باسم الغير.
* مخالفة واجب التحفظ.
* التقصير في أداء مهامه.
* التزوير عن طريق تقديمه لشهادات طبية على سبيل المجاملة.
* مغادرة التراب الوطني دون ترخيص مسبق.

- حيث أنه بموجب **قرار** مؤرخ في **11 جويلية 1996** تم **عزل العارض** حيث أن العارض قدم **طعنا** في هذا القرار بسبب تجاوز السلطة.

- حيث أنه بموجب **قرار** مؤرخ في **27 جويلية 1998**[3] قام "مجلس الدولة" وبعد التصريح بإختصاصه، بإعتبار أن "المجلس الأعلى للقضاء" إرتكب "**خطأ صارخا**" في تقدير الوقائع المنسوبة إليه وأن ثمة **عدم توافق بين هذه الوقائع و العقوبة المسلطة"**، وبالتالي إبطال القرار المتضمن توقيع العقوبة التأديبية.

وعليه فمن الملاحظ أنه في هذه القضية قد تم عزل **القاضي (ع.هـ)** بموجب **قرار** مؤرخ في **11 جويلية 1996** من قبل "المجلس الأعلى للقضاء" بسبب إرتكابه الأفعال المذكورة آنفا و الماسة بمهنة القاضي حسب وزير العدل.

وبعد أن قدم **القاضي (ع.هـ) طعنا** في قرار "المجلس الأعلى للقضاء" بسبب تجاوز السلطة تم قبوله من قبل مجلس الدولة مصرحا بإختصاصه في **27 جويلية 1998**، وفقا وتبعا **لإجتهاد قضائي سابق يقضي** "بأن الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتى بدون نص ويستهدف

---

(1) قرار مجلس الدولة ، ملف القضية رقم 002540 ، المؤرخ في 28 جانفي 2002 ، قضية (ع.هـ) ضد (وزير العدل ومجلس الأعلى للقضاء). **قرار مشار إليه عند:** - فريدة أبركان ، المرجع السابق ، ص 39 – 40.
مشار إليه أيضا عند: - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 355 – 356.
- حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، ص 141 – 142.
- قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 265 – 267.

(2) يعتبر المجلس الأعلى للقضاء الجهة التي يحال إليها القاضي أثناء مساءلته تأديبيا، وهو منظم بموجب أحكام القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق ل 6 سبتمبر 2004، المتضمن تشكيل المجلس الاعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.

(3) قرار مجلس الدولة ، ملف القضية رقم 172994 ، المؤرخ في 27 جويلية 1998. **علق عليه:** - غناي رمضان ، عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ، حالة الغلط الصارخ في التقدير ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 06 ، 2005 ، 33 – 34.

طبقا للمبادئ العامة للقانون إحترام القانونية -المشروعية-، وأنه لا يمكن للمقتضيات المقررة في **المادة 99 من القانون الأساسي للقضاء**[1] حرمان **الطاعن** من الطعن من أجل تجاوز السلطة المفتوحة له في هذا المجال على غرار المجالات الأخرى عملا بالمبادئ العامة للقانون"

وانتهى "مجلس الدولة" في الأخير إلى أن المجلس "**إرتكب خطأ صارخا في تقدير الوقائع**" و يعني لنا هنا - الخطأ الظاهر في التقدير- كما أنه قرر بعبارة "**عدم توافق بين هذه الوقائع و العقوبة المسلطة**" ويقصد هنا عدم التناسب في ما بين العقوبة التأديبية المسلطة والخطأ التأديبي المرتكب.

ولكن بالرغم من صدور قرار مجلس الدولة هذا في **27 جويلية 1998** فإن "المجلس الأعلى للقضاء" قد أصدر قرارا ثانيا في **24 نوفمبر 1999** يتضمن عزل نفس القاضي، وذلك لنفس الأفعال المرتكبة في **1996.**

وبعدها توجه **القاضي** المعزول **بالطعن في القرار** أمام "المجلس الأعلى للقضاء" والذي **رفض** هذا الطعن بموجب **قرار** صادر في **18 مارس 2000.**

فقام بعد ذلك برفع دعوى أمام "مجلس الدولة"، الذي **قضى** بأنه **"**... وحيث أن قرار مجلس الدولة الصادر في **27 جويلية 1998** قد أكد على أن العقوبة الموقعة من طرف "المجلس الأعلى للقضاء"، لم تكن "**متناسبة**" مع الأخطاء المرتكبة من طرف المعنى.

مما يعني أن قرار "مجلس الدولة" في هذا الصدد **نهائي** يتعين معه إستبدال العقوبة المقررة وهي العزل بعقوبة أخرى أقل شدة تتماشى و الأخطاء المرتكبة".

وخلاصة ما ورد في هذه القضية إلى أن القاضي قد ركز فيها على إبراز عدم التناسب للجزاء النهائي الموقع مع الأخطاء المرتكبة[2]، كما أنه عند تصفح هذا القرار خاصة من قبل المتخصصين يتضح لهم الإنتقال النوعي للقاضي الإداري الجزائري، في تجسيده لنظرية المبادئ العامة للقانون بإعتبارها جزء لا يتجزأ من مبدأ المشروعية، مؤكدا على حقيقة جوهرية مفادها أن الطعن بتجاوز السلطة مقرر ومعترف به، حتى في ظل عدم وجود نص، لأنه من المبادئ العامة للقانون، وهو مرتبط بقاعدة دستورية جوهرية مفادها أن الحق في اللجوء إلى القضاء مضمون ومكفول.

---

(1) هنا تجدر الإشارة إلى أن القاضي يخضع اليوم في ممارسته لمهامه، إلى قانون أساسي خاص، وهو القانون العضوي السابق الذكر رقم 11/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق ل 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، بينما القانون الذي كان سائدا قبلا هو القانون 21/89 المؤرخ في 27 ديسمبر 1989، والملغى حاليا.

(2) **أشارت إلى هذا الإستنتاج الأستاذة "فريدة أبركان" في:** - مقالتها السابقة بمجلة مجلس الدولة ، ص 40.

2- في مجال القرارات الضبطية

إن القرار الإداري الصادر بمناسبة ممارسة سلطة الضبط - البوليس الإداري - يمس ويقيد الحريات العامة للأفراد بشكل واضح ومن أجل ذلك فإن القضاء الإداري المقارن وعلى رأسه "مجلس الدولة الفرنسي" و نظيره "المصري" قد سعى إلى إخضاع هذا القرار إلى رقابة شديدة، إذ لا يسمح للإدارة بإتخاذ إجراء إلا إذا كان ملائما و الأسباب، فلا يكفي أن يكون لتدخل الإدارة سببا مشروع، بل يجب أيضا أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع الأسباب التي من أجلها تدخلت، فإذا لم يكن الإجراء المتخذ ضروريا لحماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة فإن القاضي الإداري يحكم بإلغائه لا محال، ومن خلال دراسة وتفحص قرارات "مجلس الدولة الفرنسي و المصري" في هذا الخصوص نجدها غالبا ما تتعلق بقرارات الضبط التي تصدر بمنع المواكب، أو الاجتماعات العامة بحجة خطورتها على النظام العام، وكما أشرنا سابقا إلى **مقولة الأستاذ مارسيل فالين** لصياغة "قضاء مجلس الدولة الفرنسي" في هذا الخصوص **بقوله** "كلما حدا إجراء من إجراءات البوليس حرية عامة فهو لا يكون قانونيا إلا إذا كان لازما بمعنى آخر ملائما، والقضاء وهو حامي الحريات العامة وفقا لمبدأ مشروعية العمل الإداري، يجب عليه إذ ما طرح عليه النزاع، أن يبحث هذه الضرورة و تلك الملائمة، و هذا بدوره سيؤدي إلى إلغاء سلطة الإدارة التقديرية في هذا الصدد.

أما **القضاء الإداري الجزائري** و رغم إخضاعه ملائمة القرارات التأديبية كما رأينا سابقا و قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة -التأميم- رقابته إلا أنه إمتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري[1].

و لعلى حساسية هذا النوع من القرارات، و التي مارستها على وجه الخصوص سلطات الضبط الإداري في الجزائر بشقيها العام والخاص، في الإضطرابات الأمنية الخطيرة التي عاشتها البلاد منذ **إعلان حالت الطوارئ** بمقتضي **المرسوم الرئاسي رقم 44/92** المؤرخ في **09 فيفري 1992**، هي سبب إمتناع مجلس الدولة الجزائري عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات، ضف إلى ذلك **حداثة نظام الإزدواجية القضائية** في الجزائر كما أشرنا سابقا، و بالتالي حداثة مجلس الدولة.

وعلى الرغم من **رفع حالة الطوارئ** بمقتضى **الأمر رقم 01/11** المؤرخ في **23 فبراير 2011** إلا أن الحال بقي مستقرا على حاله، فلا رقابة تذكر في هذا الشأن تعرض لها مجلس الدولة الجزائري.

وتجدر الإشارة على أنه من المستقر عليه فقها و قضاءا، بالرغم من إتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية فإن أعمال وقرارات الهيئات الإدارية في هذا المجال تكون

---

[1] حاجة عبد العالي - أمال يعيش تمام ، المرجع السابق ، ص 145.
أنظر أيضا: - حاجة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 95.

خاضعة لرقابة القضاء الإداري وهذا ما أشرنا له آنفا، أي رغم إتساع الصلاحيات إلا أنها ليست صلاحيات وسلطات مطلقة غير خاضعة للرقابة القضائية، وعلى الرغم من أن المشرع في **دستور 1996** أدرج في نصوصه من **المادة 91** إلى غاية **المادة 95**، شروط صحة مشروعية قرارات و إجراءات الإدارة في هذه الظروف وكيفية قيامها وإنقضائها تأثيرا منه "بمجلس الدولة الفرنسي" والذي حددها لأول مرة وأخذ بها باقي أنظمة الدول عموما و القضاء الإداري المقارن خصوصا، إلا أن قضاؤنا الجزائري لم يسفر عن شيء في هذا المجال بألية الرقابة التي بإمكانه بسطها.

وعليه فالقضاء الإداري الجزائري رغم تسليمه بالرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع، إلا أنه يقف عند هذا الحد و لا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية.

ونخلص من خلال ما تعرضنا إليه من تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في المجالين، وبالتحديد مجال العقوبة التأديبية في ظل السلطة التقديرية للإدارة ورقابة التناسب على قرارتها، إلى الإشارة إلى قلة الأحكام القضائية في إقرار هذا النوع من الرقابة بصفة صريحة، إذ لم تتضح معالمها بشكل لا يقبل إثبات العكس في قضاءنا، ورغم وجودها فإنها لم تستقر بعد. وهذا ما دفع **ببعض الفقه** إلى أن يتطلع في أن لا يتأخر "مجلس الدولة الجزائري" عن مسايرة ركب التطور، الذي أصاب نظيره المصري و الفرنسي في الرقابة على قرارات الإدارة الصادرة منها بمناسبة ممارسة الإختصاص التقديري[1] في مجال الوظيفة العمومية و العقوبة التأديبية بالذات لأنها المجال الخصب والواسع التي تهضم فيه حقوق الموظفين الذين ما يكونون غالبا تحت رحمة تصرفات الإدارة وتقديرها، **خاصة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** الذي وسع من دائرة إختصاصات القاضي الإداري، حيث حرص المشرع من خلال هذا القانون على الإهتمام بالقواعد المنظمة للمنازعات الإدارية أمام القاضي الإداري كما و نوعا، لتتحول القواعد القانونية من **44 مادة** في قانون الإجراءات المدنية الملغى إلى حوالي **188 مادة** متعلقة بالمنازعات الإدارية في ظل **القانون رقم 09/08**، ونكتفي بهذا و نعود لاحقا بصدد التطرق إلى **نظرية الخطأ الظاهر في التقدير** لما لها من علاقة وثيقة برقابة التناسب والتي ستتضح لنا فيما بعد.

وخلاصة ما تقدم في هذا المطلب، التناسب ولد من رحم الملاءمة، بإعتباره أحد جوانبه، و قد تم إدخاله في نطاق المشروعية بفعل السلطة الخلاقة المعترف بها للقضاء الإداري في إنشاء القواعد القانونية، حتى صار من المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي والقضاء المقارن على وجه الخصوص مصر و الجزائر، أن مشروعية القرار الإداري مرهونة بخلوه من التفاوت الصارخ بين المصالح المتعارضة بين مقتضيات العمل الإداري وحقوق وحريات

---

[1] قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 252.

الأفراد، والحيلولة كذلك دون وقوع هذا القرار في شائبة الخطأ الظاهر في التقدير وهي من بين الأدوات الفنية التى يتوسل بها القضاء الإداري في ممارسة رقابته على التناسب.

وبالتالي فرقابة التناسب في القانون الإداري تنتمي قطعا إلى رقابة المشروعية التي يباشرها القضاء الإداري على أعمال الإدارة.

ومن هنا يتضح لنا من خلال ما تعرضنا إليه إلى حد الأن أي **المطلب الأول من المبحث الثاني للفصل الثاني** من دراسة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في ظل الإجتهاد القضائي الفرنسي أن تطور هذه الرقابة لم ينتهج سياسة واحدة في مواجهة مختلف القيود التي حد بها من سلطة الإدارة التقديرية، حيث غير مسلكه تبعا لمدى أهمية المجالات التى تباشر فيها هذه السلطة ومدى الحرية الواجب تركها للإدارة في تلك المجالات. وعليه جعل من **القيد الأول "**رقابة الوجود المادي للوقائع في حالة عدم النص عليها قانونا**"** مبدأ عاما يطبق في جميع المجالات، وجعل من **القيد الثاني "**رقابة التكييف القانوني للوقائع**"** أصلا ترد عليه إستثناءات، وأخيرا أعتبر **القيد الثالث هذا "**رقابة التناسب و الملاءمة**"** إستثناءا من أصل عام يتمثل في عدم رقابة هذا التناسب أو تلك الملاءمة[1]، ليضع بذلك حدا جديدا للسلطة التقديرية للإدارة في جانب من جوانب الملاءمة المتروكة لمحض تقديرها، ويرسم في نهاية المطاف لهذا التقدير دائرة داخل إطار القانون، يحد بها التقديرات المفرطة أو المغالة بها وبعبارة الغير خاضعة لفكرة التناسب، وهذا حتى لا تتحول تلك السلطة من سلطة تقديرية إلى سلطة تحكمية، فالقاضي الإداري بهذا الحد الجديد لا يرفض التقدير الإداري، ولكنه يمنع إتسامه بالتحكم و الإستبداد، إذ يقال "**الديناميكية** التي تتصف بها السلطة التقديرية للإدارة، تتطلب رقابة **ديناميكية أيضا**" لتكون رقابة فعالة وهذا ما جسدته الرقابة على التناسب وهو ما سيتضح لنا أكثر وبصورة ثلاثية الأبعاد من خلال التعرض إلى الخطوط العريضة والملامح العامة لنظريتي الخطأ الظاهر في التقدير و الموازنة بين المنافع والأضرار في المطلبين التاليين بإعتبارهما **الأدتين الفنيتين لممارسة الرقابة القضائية على التناسب.**

ولهذا السبب يلاحظ أننا تطرقنا إلى هذا المطلب بشيء من التفصيل و التدقيق و الكم الكبير مقارنة مع المطالب السابقة.

---

[1] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 121.

المطلب الثاني: رقابة الخطأ الظاهر (نظرية الخطأ البين)

« L'erreur Manifeste d'appréciation »

رغم القيود التي أقمها مجلس الدولة الفرنسي و نظيره المصري للحد من السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها لم تكن في الواقع قيودا كافية، إذا بقيت حالات كثيرة وهامة تدخل من مطلق حرية تقدير الإدارة حيث تباشرها دون أية رقابة عليها من جانب القضاء.

وإن كانت القيود التي درسناها سابقا كافية وتتلاءم مع المنازعات التي تثور في المجالات التقديرية كالمنازعات الوطنية العامة و الضبط الإداري و الإجراءات التأديبية إلا أنها لم تعد تتلاءم وحدها مع المنازعات التي تثور في المجالات الحديثة كالمجالات الاقتصادية و الاجتماعية البيئية و العمرانية، وهذا لإتسامها بالمرونة و الحيوية و بسرعة التغيير بحيث تتمتع الإدارة في مواجهتها بحرية أوسع وسلطة أكبر في التقدير و التقييم فكما **يقال** "كلما تطورت و توسعت سلطة القاضي في رقابة السلطة التقديرية كلما اتسعت و تغيرت مجالات توسع هذه السلطة"[1] مما جعل مجلس الدولة الفرنسي يجتهد أكثر وخلص في الأخير إلى خلق نظريتين لتجسيد مبدأ التناسب.

و بداية نتطرق إلى أولى النظريتين و هي نظرية الخطأ الواضح.

الفرع الأول: مفهوم و تطور النظرية

أولا: نشأة و تطور نظرية الخطأ الظاهر

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لم تظهر فجأة مرة واحدة في قضاء "مجلس الدولة الفرنسي"، وإنما تم التمهيد لها وتطبيقها تدريجيا حتى شملت مجالات عديدة من أوجه النشاط الإداري في تطورها الأخير، بل أن **القضاء الدستوري**[2] قد إستعارها وطبقها في ميدان الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية.

ويشير الفقه إلى أن بواكر ظهور هذه النظرية قد بدأت منذ **عام 1953** مع توسع القضاء الإداري في بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع، واشترط أن تلتزم الإدارة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال التي تكفل لها صحة تقديرها لملائمة قرارها الإداري، وأن تجريه بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن يتوافر لديها العناصر

---

(1) المرجع نفسه ، ص 121 – 122.

(2) **لتفصيل أكثر حول الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في القضاء الدستوري أنظر:** - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 341 - 342.

اللازمة لإجرائه[1]، وبحلول **عام 1960** بدأت فكرة الخطأ الظاهر في تقدير تظهر تلميحا أو ضمنا في أحكام "مجلس الدولة" حيث أوضح مجلس الدولة في **حكمه** الصادر بتاريخ **2 مارس 1960** في **قضية "جيسبرث" -Gesbert-** " بعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير من قبل الإدارة"، وفي **سنة 1961** صدر **حكم** "مجلس الدولة" الصادر بتاريخ **15 فيفري 1961** في **قضية "لاقرانج" -Lagrange-** والذي أخذ صراحة بهذه الفكرة حيث قرر المجلس بأنه لا يوجد "غياب ظاهر في المساواة بين أعمال النظارة و ترميم الطرق"، و تجدر الإشارة إلى أن أول **حكم** ألغي فيه قرار إداري من أجل إرتكاب الإدارة خطا ظاهر كان لعدم المساواة بين العاملين في أعمال الصيانة و الأعمال المهنية كان ذلك على إثر حكم المجلس الصادر في **9 ماي 1962** في **قضية -Comune de montfermiel-** بلدية **مونترفغميال**[2].

وقد قيل أن هذه الفترة **فترة الستينات** بداية من **1961** بدأ فيها الدور التقليدي **لفكرة الخطأ الظاهر (الغلط البين)،** عندما إتجه "مجلس الدولة الفرنسي" إلى فرض رقابته على التكيف القانوني للوقائع في حالات التي كانت مستثناة في قضائه من ذلك، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة قرارات الضبط الإداري العليا والمتصلة بسلامة أمن الدولة و المحافظة عليها، ومجموعة القرارات ذات الطابع العلمي و الفني المعقد والسالفين الذكر في مطلب الرقابة على التكيف القانوني للوقائع وهذا في ظل الرقابة العادية المفروضة على عنصر السبب. **وقد سميت في هذه الحالة برقابة "الخطأ الظاهر في تكيف الوقائع" أو رقابة الخطأ الواضح أو الجسيم في تكييف الوقائع « Le contrôle de l’erreur manifeste de qualification des faits »**[3]،

ومع التدعيم القضائي المستمر **لنظرية الخطأ الظاهر (الغلط البين)** أدى بها إلى تجاوز و تخطي مرحلة الدور التقليدي، إذ مد "مجلس الدولة الفرنسي" بسياسته القضائية المنتهجة تطبيق هذه النظرية الى مجال أخر كان محجوبا عن رقابته كأصل عام لتنفذ في الأخير إلى صميم التقدير الإداري نفسه أي ما يتعلق بتقدير أو تقييم مدى أهمية و خطورة الوقائع التي تدعيها الإدارة وما إذا كانت تبرر القرار من عدمه، ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها، والتي كان يمتنع القاضي الإداري - كقاعدة عامة- عن إعمال رقابته في خصوصها. **وقد أطلق على هذا الوجه الجديد أو هذه الحالة "رقابة الخطأ الظاهر في التقييم" « Le contrôle manifeste d’application »**[4]

مما أوجب على الإدارة أن تتحلى عند إجرائها لعملية تكييف الوقائع أو تقييمها أو تقديرها بأكبر قدر من المعقولية والإتزان، والتأني بنفسها عن الوقوع فيما يمكن إعتباره خطا ظاهر في التقدير، أو بمعنى آخر إن رقابة الخطأ الواضح بشقيها على هذا النحو تفرض آليا على

---

[1] Pacteau (B) , op. cit. , P236 .

[2] مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 177.

[3] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 123.

[4] المرجع نفسه ، ص 123.

رجل الإدارة إلتزاما بأن يكون حذرا عند مباشرة سلطته التقديرية وذلك بألا يرتكب في خصوص تكييف أو تقييم الوقائع **خطأ جسيما -une erreur grave- أو خطأ بديهيا - une erreur exidente - أو خطا فادحا -flagrant-**[1].

وغدت هذه الرقابة من **النظريات** المستقرة فقها وقضاءا في فرنسا بالرغم من الخلط بينها و بين بعض المبادئ العامة للقانون التي أسلفنا دراستها **مثل** مبدأ التناسب بين عنصري السبب و المحل والمبدأ أو النظرية التي سوف نتطرق إليها لاحقا وهي نظرية أو مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار.

وحيث إمتد نطاق تطبيق هذه النظرية إلى كافة الميادين واستقرت أحكام "مجلس الدولة الفرنسي" على الأخذ بمبدأ الخطأ الظاهر في التقدير وطبقه في جميع المجالات مثل تقدير الإشهار الطبي أو في مجال السياسة الاقتصادية، وفي مجال توحيد الأراضي الزراعية المجزئة، وتقدير تكافئ الأراضي في مجالات دمجها، وفقدان الجنسية الفرنسية، وإجراءات الضبط الإداري المتعلقة بمنع الإعلانات الأجنبية، أو إبعاد الأجانب أو سحب بطاقة تحقيق الشخصية، ورفض منح جواز السفر، والسماح بتغيير إسم العائلة وتقارير الكفاية للموظفين، إلى جانب بعض القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية والفنية مثل مسألة تحديد الآثار الجانبية لأحد المستحضرات الطبية[2].

ومن اللافت للنظر وكما أشرنا سابقا أن "مجلس الدولة المصري" كان له فضل السبق في تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في أحد مجالات النشاط الإداري ألا وهو مجال التأديب فيما أطلق عليه تسمية **"قضاء الغلو"** سواء في الشدة أو اللين، على إثر الحكم الشهير الصادر بتاريخ **11 نوفمبر 1961** في **الطعن رقم (7/563ق)** والمشار إليه في **مطلب رقابة التناسب**، غير أنه لم يقم بتعميم تطبيقها على سائر مجالات النشاط الإداري الأخرى حينها.

ويشير **الأستاذ رمضان محمد بطيخ** في هذا الصدد قائلا "بأن قضاء الغلو في المجال التأديبي ظهر في قضاء مجلس الدولة المصري، قبل أن يعرف نظيره الفرنسي نظرية الخطأ البين، ويمثل قضاء الغلو واحدة من ملامح القضاء الإداري وتعد من مبتكراته، وما يميز هذه النظرية أنها مصرية في أصلها، فلم يستعيرها قضاؤنا من غيره كما هو شأن معظم نظريتنا القانونية" ولم يقف عند هذا الحد بل تمنى من مجلس الدولة المصري بأن يعمم نظرية الغلو بحيث تشمل كافة مجالات العمل الإداري، ولم يقصرها فقط على المجال التأديبي، بحيث

---

[1]) Pacteau (B) , op. cit. , P 248 Ets.

أنظر أيضا: - العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 123.

[2] مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 177.

أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 337.

تصبح نظرية عامة في قضاء القانون العام، كما فعل نظيره الفرنسي في تطبيقه لنظرية الخطأ البين أو الظاهر[1]،

إذ أنه في فرنسا، على إثر **قضية ليبون لسنة 1978** إمتد تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إلى مجال القرارات التأديبية وشملت بالتالي كافة المجالات التي تمارس الإدارة فيها نشاطاتها.

ومن الملاحظ هنا أن نشأة هذه النظرية وتطورها في فرنسا مرتبط بتطور الرقابة على الوقائع في دعوى الإلغاء إذا لم تقف الرقابة على الوقائع عن حد رقابة صحة وجودها المادي، فاتسعت لرقابة التكيف القانوني لها مع إستثناء بعض الحالات من رقابة هذه الأخيرة، وصولا إلى فرض الرقابة على التقدير الإداري بذاته لهذه الوقائع بل وإختيارها لقراراتها أيضا مزيلا لكل الإستثناءات السابقة فتشكلت أخير نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

ونتيجة لهذا التطور القضائي، أصبح **"الخطأ الظاهر في التقدير"*** يستخدم في أحكام القضاء الإداري إلى جانب الخطأ في الوقائع و الخطأ في القانون و تجاوز السلطة حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي في الغالب التعبير الأتي "إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية، فإن القرارات التي تتخذها يجب أن لا يشوبها إنعدام للوجود المادي للوقائع، أو خطا في القانون، أو **خطا ظاهر في التقدير**، أو انحراف في السلطة"[2]، وهذا ما صاغه "مجلس الدولة الفرنسي" في أحد أحكامه الصادرة بتاريخ **23 مارس 1979** في **قضية - Société coopérative de production -**.

واستخدم القضاء الإداري المصري تعبير **"عدم الملائمة الظاهر"*** في أحكامه بدلا من الخطأ الظاهر في التقدير، وذلك للدلالة على عدم مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بتأديب الموظفين[3]، وهذا كان سواءا في صياغة أحكام "محكمة القضاء الإداري" وأحكام "المحكمة الإدارية العليا" بعد تأسيسها ونشير إلى أحد أحكام هذه الأخيرة في **حكمها** الصادر بتاريخ **5 جانفي 1963 - قضية (987) لسنة 8 ق ، المجموعة السنة 8 ، ص 450 -** حيث **قضت** بتعبيرها الأتي "....إن تقدير العقوبة للذنب الإداري الذي ثبت في حق الموظف، هو أيضا من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء فيه عليها، إلا إذا اتسم **بعدم الملائمة الظاهرة**، أي سوء إستعمال السلطة"[4].

---

[1] رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 378 و ما بعدها.
[2] مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 178.
أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 335.
[3] المرجع نفسه ، ص 339.
[4] مصلح الصرايرة ، المرجع نفسه ، ص 179.
* تجدر الإشارة أن القضاء الإداري في مصر يستخدم إصطلاح عدم **"الملاءمة الظاهرة"**، و يفضل جانب من الفقه المصري ترجمة الإصطلاح الفرنسي بأنه **"الغلط البين"**، منتقدا كلمة "الواضح" أو "الظاهر" لأن **الغلط** قد لا يكون واضحا أو ظاهرا مما يقتضي بحثا متعمقا في ملف الدعوى، فلا تلازم بين الأمرين و لا تعارض ضروري بينهما. **أنظر في ذلك:** - يحي الجمل ،=

ثانيا: مفهوم نظرية الخطأ الظاهر

وبعد أن اتضحت فكرة الخطأ الظاهر على أنها نظرية عامة في الرقابة على مختلف الأعمال القانونية التي تجريها الإدارة بناءا على سلطتها التقديرية، **فما هو إذا مفهوم الخطأ الظاهر؟ و كيف تتحقق به الرقابة على التناسب في القرار الإداري؟**

لم تورد أحكام "مجلس الدولة الفرنسي" تعريفا للخطأ الظاهر، واكتفت بالإشارة إلى الفكرة التي يقوم عليها، بترديد بعض عبارات أصبحت شبه مستقرة، مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو ذاك، لا يكون خاضعا لرقابة القاضي الإداري إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة، أو شابه خطا في القانون، أو إنحراف في السلطة، أو بني على غلط بين أو خطأ ظاهر، وذلك دون أي محاولة مباشرة من المجلس تذكر لتحديد ماهية وتعريف الخطأ الظاهر[1].

وبناءا على ذلك تصدى الفقه الإداري لتعريف الخطأ الظاهر، **فعرفه الأستاذان أوبي و دراجو -Auby et Drago-** "بأنه إجراء يهدف إلى توسيع مجال رقابة الحد الأدنى الذي يعد الإطار الذي تنحصر فيه رقابة القاضي، ويقع الخطأ الظاهر ضمن مجال متطور في الرقابة يهدف الى الحد من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، يشكل إجراء مرنا لرقابة الحد الأدنى بأن تمتد لتشمل الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بالسلطة التقديرية"، و**يشترط الفقيهان** بأنه حتى يكون الخطأ ظاهر "يجب أن يكون جسيما و فاحشا و بينا في التقدير يسمح للقاضي بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع حتى لا يتصف القضاء بإنكار العدالة في حالة إقتصاره على رقابة الحد الأدنى"[2].

ويفهم من تعريف **الأستاذان** بأن الخطأ الواضح أو الجسيم والخطير هو الذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون.

= رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين في تكييف الوقائع ، مجلة القانون و الإقتصاد ، السنة 41 ، العدادان 03 – 04 ، 1970 ، ص 444. **علما أنه:** يجاريه في ذلك **الأستاذ محمود سلامة جبر.**

غير أنه في تقدير **الأستاذ سامي جمال الدين،** فإن المعنى اللغوي بين إصطلاحي **"الغلط"** و **"الخطأ"** من ناحية، و إصطلاحي **"الظاهر"** و **"البين"** من ناحية أخرى لا يختلفان إلى حد نقد أي منهما. **أنظر في ذلك:** - سامي جما الدين ، المرجع السابق ، ص 335.

كما أنه يقال أن أول من عرض لهذه **النظرية** في **الفقه العربي** هو **"الأستاذ يحي الجمل"** في مقالته السابقة ص 405 و ما بعدها.

و رأى البعض أن إستخدام تعبير الخطأ الظاهر أفضل، لما قد يثيره تعبير الغلط البين من خلط مع" نظرية الغلط في القانون المدني"، و حتى يكون لنظريات القانون الإداري إستقلاليتها.

(1) محمد متولي صبحي ، حدود رقابة قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 18 ، العدد 02 ، 1974 ، ص 403 – 404.

(2) Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 394.

كما عرفه **الأستاذان فيدل و ديفولفيه -Vedel et Delvolve-** بأنه "الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه، ومن أول وهلة، وهو خطا ظاهر للعيان دون الحاجة إلى الإستعانة بأهل الخبرة في إكتشافه[1].

ويلاحظ أن هذين **التعريفين السابقين** إعتمدا على المعنى اللغوي كأساس لتعريف الخطأ الظاهر بإبراز صفات هذا الخطأ دون التمعن في مضمونه، لهذا إتجه جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى تعريفه معتمدا الطابع الموضوعي في تعريفه حيث ذهب مفوض الحكومة **الأستاذ بودوين -Boudouin-** في تقريره المقدم في **قضية « Sieur Guy»** إلى القول بأنه "لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر في مدى هذا الخطأ أو خطورته و لا حتى في كونه حدث بارز وظاهر، وإنما يجب أن يجري البحث عن هذا المعيار في إطار درجة عدم الانضباط و عدم الكفاية بالنسبة للعوامل الأخرى التي كانت تحت نظرة الإدارة عند إجراء تقديرها"[2].

غير أن هذا **التعريف** لم يسلم من النقد، إذ يجعل من خاصية الخلل في التقدير لازمة وكافية للخطأ الظاهر، دون أن يعير أي إعتبار للخصائص الأخرى، لاسيما خاصية درجة هذا الخلل ومداه وهو ما يعيبه على حد **قول الأستاذ يحي الجمل**، والذي **عرفه بأنه** "العيب الذي يشوب تكييف الإدارة، وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، ويبدو بينا و جسيما، على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول، في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب"[3]، **كما عرفه آخرون على أنه** "الخطأ الذي يرى فيه القاضي من خلال بحثه لملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير، تجاوز الحدود المعقولة، ووضوحا لدرجة البداهة"[4].

ويلاحظ من هذه التعاريف السابقة أن صياغتها تتسم بنوع من المرونة الموضوعية مقارنة بالتعريفات السابقة التي تعرض إليها الفقه الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أنه بمقتضى الأخذ بهذه النظرية، إتسع مفهومي الحد الأدنى والحد العادي الطبيعي للرقابة على أعمال الإدارة ليضاف إليهما عنصر جديد، ألا وهو "**وجود غلط بين في التقدير**" والذي أعتبر بمثابة أقصى صور الرقابة على الوقائع، وهذا رأي **الأستاذ دارجو** الذي يستنتج من خلال تعريفه لنظرية الخطأ الظاهر.

إلا أن الواقع غير الذي ذهب إليه **دارجو**، بل تدخل في الرقابة الأدنى من جانب القاضي الإداري إذ يعد الخطأ الظاهر **معيارا قانونيا** يتضمن تغييرا في السياسة القضائية، ويجب أن يستخدم بحذر لأن القاضي الإداري مطالب بالبقاء في مجال رقابة الحد الأدنى، و إلا سوف

---

(1) Vedel (G) et Delvolve (P) , Droit administratif , Paris , P.U.F. , 1982 , P 800.
(2) Boudouin Concl . Sous l’affaire Guye , C.E. 6 Novembre 1970 , R.D.P. , 1971 , P 517.
(3) يحي الجمل ، المرجع السابق ، ص 443.
أنظر أيضا: - محمود سلامة جبر ، رقابة مجلس الدولة الفرنسي في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، مجلة هيئة قضايا الحكومة ، السنة 37 ، العدد 01 ، القاهرة ، مارس 1993 ، ص 210.
(4) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 232.

يقع التناقض، وهذا ما يراه **الفقيه أودنت -Odent-** "رقابة على ملائمة قرار، وبرفض رقابة التكييف القانوني"[1]، وبهذا أصبحت **نظرية الخطأ الظاهر في التقدير**، عنصر أساسيا من عناصر القدر الأدنى للرقابة، ذلك القدر الذي يراقبه القاضي الإداري في كل دعوى ترفع أمامه، أيا كانت طبيعتها وأيا كان موضوعها.

وعليه فالخطأ الظاهر بهذه المثابة، هو **الأداة الفنية التي يتوسل بها القضاء الإداري في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة**، فيما يتعلق بعنصري السبب و المحل في القرار الإداري، بحيث إذا جاء تقدير الإدارة واضح الإختلال ومتجاوزا للحد المعقول، كان مشوبا بخطأ ظاهر في التقدير. إذا أن الخطأ الظاهر لا يثور إلا إذا كان تقدير الإدارة مشوبا بإختلال جسيم بين سبب العمل الإداري و محله فإذا كان من الجائز للإدارة أن تخطئ في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه من غير الجائز أن يكون هذا الخطأ ظاهرا يتم عن سوء تقدير واضح أو إهمال.

ومما تقدم عرضه يتبين أن نظرية الخطأ الظاهر، هي إحدى الوسائل الفنية لمباشرة القضاء الإداري رقابته على التناسب والتي إبتكرها "مجلس الدولة الفرنسي" لمواجهة حالات الإخلال الواضح في التقدير الذي تمارسه الإدارة في مختلف مجالات نشاطها الإداري، و بالتالي فهي تتصل بمجال الملائمة، حيث تنصب الرقابة التي تجسدها النظرية على ملائمة التقدير الإداري، ومن ثم فإنه يمكن إسناد الخطأ الظاهر إلى مبدأ التناسب وهذا ما ذهب إليه **الأستاذ شانتا -Chanta-**[2]، كذلك هذه النظرية تجيز للقاضي الإداري التأكد من أن القرار المتخذ لا يحتوي عبر الروابط بين جوانبه التقديرية، عن تباين أو خلل شديد، يمكن أن يتبينه شخص متوسط الذكاء، فهو ينص على تقدير وقائع القرار، أو بعبارة أخرى مطابقة موجبات الوقائع إلى أسباب القانون، وهذا يشمل محل القرار، أيضا من المحتمل غايته عندما تنص على ذلك قاعدة قانونية، غير أنه ليست الملائمة أو المطابقة هي التي تفتح باب رقابة الخطأ الظاهر، وإنما التباين والإختلال بين الموقف الفعلي ومبررات القرار ومن ثمة فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السلبي الأكثر مرونة، أي الخطأ و التباين الظاهر[3].

وما يفهم هنا فالخطأ الظاهر بمثابة الميزان في رقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة.

وهكذا يمكن أن نخلص بأن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إتخذها القضاء الإداري كأداة فنية يتوسل بها في بسط رقابته على التناسب في القرار، ووسع نطاق تطبيقها ليشمل أغلبية

---

[1] مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 178. **نقلا عن:**

- Odent (M) ,Contentieux administratif , 1970 – 1971 , P 1572. -

[2] Braibant (G) , op. cit. , P 302 – 304.

[3] Philippe . Xavier , op. cit. , P 166.

الميادين المختلفة من النشاط الإداري، **ولكي تكون دراستنا لمفهوم هذه النظرية أشمل و أوضح فسوف نتعرض في الفرع الثاني إلى خصائص و مضمون هذه النظرية.**

الفرع الثاني: خصائص و مضمون نظرية الخطأ الواضح

أولا: خصائص الخطأ الظاهر في التقدير

يستخدم القضاء الإدارية نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأحد أنماط الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري، بهدف تقسيم هذا التقدير، ووضع حد للتحكم في إجرائه، قوامه ألا يكون ذلك التقدير مشوبا بخطأ ظاهر، وإن دل هذا على شيء فإنه يدل على أن سلامة تقدير السلطة الإدارية مرهون بأن لا يكون تقديرها مغاليا فيه وظاهر الخطأ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا جاء ذلك التقدير غير مشوب "بدرجة واضحة من التفاوت الصارخ أو الجسيم"، وعليه **فهتين السمتين:** "الوضوح" و "التفاوت الصارخ أو الجسيم"، هما خاصيتي نظرية الخطأ الظاهر.

1- خاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم

فمن خلال ما سبق نستنبط أن التفاوت الصارخ يتحقق كلما انتفى أو أستبعد التوافق أو التوازن أو التعادل بين عناصر التقدير في العمل القانوني العام للإدارة، وهو ما يقود بشكل آلي إلى عدم التناسب غير ذلك لا يعني لزوم تحقق التوافق التام أو الكامل، إذ أن هناك قدرا من التفاوت مسموح به، وهو بالطبع القدر الذي لا يكون صارخا أو جسيما، **فخاصية** التفاوت الصارخ أو الجسيم تتجسد في بلوغ الخطأ في التقدير أو عدم التناسب درجة من الجسامة تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يكمن التغاضي عنه، أي أن يصل هذا التفاوت في التقدير درجة غير عادية يمكن أن يتبينها شخص متوسط الذكاء.

وعليه يكون التفاوت الصارخ أو الجسيم بذلك، خاصية ملازمة للخطأ الظاهر في التقدير بإعتبار أن هذا الخطأ يجسد وضع إستثنائي غير عادي، يتعين أن يتسم التفاوت فيه بقدر من الجسامة يجعله صارخا وجسيما، ويتجاوز الحدود وكما يقال بما تأباه الفطرة السليمة.

2- خاصية الظهور و الوضوح

خاصية الظهور والوضوح في نظرية الخطأ الظاهر وإن كان من الممكن أن تغني عنها في بعض الحالات خاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم، بحيث تعتبر الجسامة في تفاوت التقدير الإداري، كافية وحدها للدلالة على وقوع خطأ ظاهر في التقدير، إلا أن خاصية الظهور و الوضوح قد تساعد القاضي الإداري، على إكتشاف تلك الجسامة من أول وهلة و نظرة، إضافة

إلى سرعة التوصل إلى أن هناك تباين أو تفاوت أو عدم تناسب في التقدير[1]، وهذا دون حاجة لإجراء تحقيق تكميلي أو بحث متعمق لملف الدعوى وعناصرها.

فخاصية الظهور والوضوح تشير إلى ضرورة أن يكون الخطأ في التقدير أو عدم التناسب جليا بينا، يستطيع أن يدركه بوضوح ودون جهد الشخص العادي لا أكثر، فهو بمثابة الجرم المشهود على حد تفسير بعض الفقه، ومع هذا فإنه لا يمكن إستبعاد هذه الخاصية كلية، من النظرية والإكتفاء بخاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم، إذ لا تلازم بينهما في جميع الأحوال، ولكن في نفس الوقت لا تعارض جلي بينهما[2].

وعليه يتضح لنا مما تقدم أن خاصية "صراخة أو جسامة التفاوت" هي **الخاصية الأساسية والأصلية** في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأن "خاصية الظهور و الوضوح" تعد **خاصية تبعية و مكملة** للخاصية الأولى في النظرية.

ثانيا: مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تتيح نظرية الخطأ الظاهر في التقدير للقاضي الإداري من خلال ممارسة رقابته على تناسب العمل الإداري من التحقق من أن القرار الذي إتخذته الإدارة لا يحتوي عبر الروابط بين عناصره الداخلية أي - السبب و المحل و إحتمالية الغرض - على خطأ واضح جلي يمكن أن يدركه دون جهد الشخص العادي متوسط الذكاء كما تنصب رقابة الخطأ الظاهر التي يباشرها القاضي الإداري على التحقق من معقولية تقدير الإدارة "لأهمية الوقائع" التي بنيت عليه قرارها مقارنة بمضمون القرار، أي مدى مطابقة موجبات الوقائع مع أسباب القانون و هذا لا يقتصر على قيام التناسب بين محل القرار و سببه فحسب، باعتبار أن المحل ينبع عن الأسباب ويجب أن يطابقها، وإنما قد يمتد أيضا إلى غرض القرار وغايته عندما تنص على ذلك قواعد قانونية[3].

وكما أشرنا سابقا، ليست المطابقة أو التناسب هي التي تفتح باب الرقابة القضائية، وإنما التفاوت الصارخ بين الموقف الفعلي ومبررات القرار، فرقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السلبي الأكثر مرونة، إذ أن القاضي الإداري لا يراقب في الحقيقة التناسب وإنما التفاوت و التباين و مدى بلوغه للحد الغير معقول بحسبان أن تجاوز الخطأ في التقدير درجة غير عادية يتم عن إختلال واضح و تفاوت صارخ بين روابط القرار عبر عناصره الداخلية التي بني عليها التقدير الإداري[4].

---

(1) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 118.

(2) يحي الجمل ، المرجع السابق ، ص 444.

(3) Philippe . Xavier , op. cit. , P 167.

(4) خليفة سالم الجهمي ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة و الجريمة في مجال التأديب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 125 و ما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى مضمون هذه النظرية بأنه يمكن أن تنصب رقابة الخطأ الظاهر على تقدير أهمية الوقائع في حد ذاتها، فقد يخطئ صانع القرار ومتخذه في تقدير أهمية و خطورة بعض الوقائع، كأن يعطيها قيمة أكبر بكثير من قيمتها الحقيقية، أو العكس إذ ينقص بشدة من قيمتها، فقراره بهذه المثابة يكون ظاهر التفاوت و التباين، إذ لم يأخذ بحسبان القيمة الحقيقية و الفعلية لتلك الوقائع والتي كانت ستؤثر حتما على قراره مما يجعله في الأخير مشوبا بعدم التناسب البين.

كما يمكن أن ينتج الخطأ الظاهر في التقدير عن إختلال واضح في مضمون قرار مقارنة بأسبابه، كأن تكون الوقائع التي أخذها متخذ القرار صحيحة، ولكن بمقارنتها مع مضمون القرار ينتج عنها تباين شديد وبالتالي تفاوت صارخ و جسيم بين سبب القرار و محله و هذا ما شبهه **الأستاذ إكزافير فيليب** بوضع طبيب أمام مريض، فهو في المرحلة الأولى يبحث عن علامات المرض الذي يريد تقدير خطورته، وفي مرحلة ثانية يختار علاجا لهذا المرض آخذا في الإعتبار كل ما لاحظه، والأمر هكذا بالنسبة للخطأ الظاهر، الذي يمكن أن يشوب الوصفة الطبية، كما يمكن أن يشوب العلاج المقترح (مضمون القرار)[1].

وعليه صنف جانب من الفقه الإداري رقابة الخطأ الظاهر في التقدير إلى ثلاثة مستويات كما يلي[2]:

1- المستوى الأول: رقابة الخطأ الظاهر في تقييم الوقائع ذاتها أو في وصفها القانوني إذ لم تكن هناك نصوص واضحة أو محددة لذلك، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات الضبط **مثل** قرارات إبعاد الأجانب.

2- المستوى الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على التكييف القانوني للوقائع، وهي تثار عندما تكون هناك نصوص قانونية واضحة ومحددة، ولكن لأسباب فنية يتعذر إعمال الرقابة العادية في خصوصها، **كما هو الشأن** في منازعات رخص البناء.

3- المستوى الثالث: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين سبب القرار و محله، وأوضح **مثال** يتجسد في التحقق من التناسب بين العقوبة المسلطة و الجريمة المرتكبة في مجال التأديب.

والملاحظ من هذه **المستويات الثلاثة** التي تجسد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، يجمع بينهما عامل مشترك وهو غياب تناسب معقول في القرار عبر الروابط بين عناصره التقديرية التي تأسس عليها، وعليه فرقابة التناسب هي التي تترجم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على أرض الواقع بإعتبار أن الخطأ الظاهر كما أشرنا سابقا هي الأداة التي يتوسل بها القضاء الإداري لفرض رقابته على التناسب في العمل الإداري.

---

(1) Philippe . Xavier , op. cit. , P 167.

(2) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 235 و ما بعدها.

الفرع الثالث: معيار الخطأ الظاهر في التقدير و إثباته

أولا: معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

على إثر ما تقدم دراسته لخاصيتي نظرية الخطأ الظاهر يتبين لنا بأن الخاصيتين تتصفان بالنسبية، إذ تختلف الآراء حول ما إذا كان هذا التفاوت أو ذاك جسيما من عدمه، وما إذا كان ظاهرا أم خفيا، الأمر الذي اقتضى ضبطهما بمعيار يبعد بهما عن الذاتية، وهو ما يقودنا إلى التطرق إلى تحديد المعيار الذي تقوم عليه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

وتبدو أهمية تحديد معيار لنظرية الخطأ الظاهر، في أن هذا التحديد سوف ييسر السبيل للتحقق من قيام خطأ ظاهر في التقدير الإداري بإعتباره معيار يجسد إطار النظرية، كما أنه يقوم بدور وظيفي مزدوج يتوسل به القضاء الإداري لممارسة رقابته على التناسب في العمل الإداري من ناحية ويتيح للمتقاضين الإستناد إليه كلما تبين لهم أن هناك تفاوت غير معقول في التقدير الإداري من ناحية أخرى.

ووضع معيار نظرية الخطأ الظاهر لا يقصد به أن لهذه النظرية معيارا محددا وثابتا يمكن بمقتضاه الوقوف على تحقيق أو تخلف الخطأ الظاهر والبين في جميع الحالات، وإنما ينصرف إلى الكيفية التي يتم بها الإستدلال على تقدير التفاوت أو التباين في القرار الإداري عبر الروابط بين عناصره الداخلية ومدى جسامة هذا التفاوت أو التباين ووضوحه، وأن ذلك لا يخضع للتقدير الذاتي للقاضي وإلا حل بذلك التحكم القضائي محل التحكم الإداري، وإنما عماد ذلك معيار موضوعي واقعي، قوامه الشخص المعتاد آخذا في الإعتبار كافة الظروف المحيطة به، و يستخلص غالبا وأساسا من ملف الدعوى وأوراقها[1].

المعيار الذي تقوم عليه هذه النظرية، ينبغي أن يستلهم أولا من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، بإعتباره مبتكر النظرية ثم نتعرض إلى معيار الفقه الإداري.

1- المعيار الذي إعتمده مجلس الدولة الفرنسي

فالبادي من إستقراء أحكام "مجلس الدولة الفرنسي"، إتجه إلى وضع **معيار موضوعي** لنظرية الخطأ الظاهر بحيث لا يعتمد تقدير وجود الخطأ الظاهر على حسن نية أو سوء نية الإدارة من ناحية، وبحيث لا يكون أمره متروكا لمحض إرادة القاضي من ناحية أخرى، و إنما يقوم الخطأ على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير[2]، بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يتبين فيها أن تقدير الإدارة جاء مشوبا بخطأ ظاهر، يفسد هذا التقدير ويكون

---

[1] زكي محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 49.

أنظر أيضا: - محمود سلامة جبر ، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، 1992 ، ص 121 و ما بعدها.

[2] يحي الجمل ، المرجع السابق ، ص 444.

مجاوزا لحدود المعقول[1]، ففي نطاق معادلة الوظائف مثلا ذهب "مجلس الدولة الفرنسي" إلى أن حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة في "نطاق معادلة الوظائف" يجب أن لا يكون مبنيا على عدم تعادل ظاهر[2]، وعليه فتقدير القاضي لقيام التعادل بين الوظائف، على إعتبارات موضوعية يستقيها من عناصر الدعوى، ويقوم الخطأ الظاهر الذي يشوب تقدير الإدارة إذا جاء هذا التقدير مجاوزا لحدود المعقول.

وعلى هذا الأساس تتجسد "موضوعية المعيار" الذي يعتمد عليه "مجلس الدولة الفرنسي" في التحقق من مدى وقوع خطأ في التقدير الإداري من عدمه على ضوء كافة الظروف و الإعتبارات المحيطة بالعمل القانوني العام، وهو ذات المعيار الذي أخذ به "مجلس الدولة المصري" في **أحدث أحكامه في 1994/12/03** في مجال الرقابة على المسائل الفنية و العلمية[3].

وفي نطاق التناسب بين العقوبة التأديبية، فقد **تساءل جانب من الفقه الفرنسي** عن الدرجة التي يمكن معها القول بوجود عدم تناسب في هذا الشأن، لدى كانت **الإجابة،** بأن بلوغ العقوبة مدى إستثنائيا، أو حدا غير عاديا، يتجاوز الحد المسموح به من الأخطاء العادية يشكل عدم التناسب بين العقوبة و الجريمة التأديبية، وهو ينم بهذه المثابة عن التباين الشديد بين مقدار العقوبة الموقعة ونوعه، وبين جسامة الجريمة المرتكبة وخطورتها وبالتالي يشير إلى الإختلال والتفاوت الحاصل بينهما، مما يتبينه الشخص العادي دون عناء، فالمعيار الذي إتبعه "مجلس الدولة الفرنسي" في المجال التأديبي هو "معيار الخطأ الجسيم" **-Grossier-**.

وقد إعتنقت "المحكمة الإدارية العليا" في مصر نفس المعيار **-المعيار الجسيم-** بل وكانت هي السباقة إلى الأخذ به بحكم سبقها بفرض رقابتها على التناسب في المجال التأديبي، وهو معيار يميز الغلط البين في التقدير، وهو الغلط الذي يكون مرئيا لغير المختصين أي يمكن معرفة حقيقته للرجل العادي[4].

أما القضاء الجزائري فقد إتبع معيار الجسامة أيضا مثل نظيره القضاء المصري وهذا ما سنوضحه في الفرع الرابع من الدراسة.

2- موقف الفقه من معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

فمن خلال ما تعرضنا له مما تقدم في الفرع الأول من تعاريف الفقه لنظرية الخطأ الظاهر نستشف ونستخلص أن الفقهاء قد إختلفوا في موضوع تحديد معيار مميز وموحد للغلط البين.

---

[1] زكي محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 49.
[2] يحي الجمل ، المرجع السابق ، ص 428.
[3] قرار المحكمة العليا في مصر رقم 1640/243 ، المؤرخ في 03 ديسمبر 1994 ، و هو حكم متعلق بقضية "سفر الأثار لليابان".
قرار مشار إليه عند: - حاحة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 116.
[4] زكي محمود النجار ، المرجع نفسه ، ص 45.

فمنهم من أخذ "بمعيار الجسامة" مثل **الأستاذان "أوبي و دراجو"** إذ أن الخطأ الظاهر في التقدير عندهما هو **الخطأ الواضح -flagrante- والجسيم -Grossier-** والذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون، وهو ما ذهب إليه **الأستاذان "فيدل و ديفولفيه"** إذ هو الخطأ الظاهر للعيان ودون الحاجة إلى الإستعانة إلى "خبرة كبيرة" في إكتشافه كما إتجه البعض من الفقه إلى الأخذ "بمعيار عدم المعقولية" **-Déraisonnable-** و أمثاله **الدكتور محمود سلامة جبر** قائلا في تعريفه بأن "الخطأ الظاهر هو الذي يبدو...على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول..."، وهذا ما ذهب إليه **الأستاذ رمضان محمد بطيخ** قائلا في تعريفه بأن "الخطأ الظاهر هو...والتي يجري فيها التقدير، تجاوزا لحدود المعقولية...".

والواقع أنه وإن اختلفت معايير الفقهاء فإن **جميعها صحيحة**، إذ كل منها عن خصائص النظرية، فالخطأ الظاهر أو الغلط البين فكرة غنية بمضمونها، وثم لا يلزم أن يحدد معناها بجانب واحد من جوانبها الكثيرة أي أن مجالات تطبيق هذه النظرية كثيرة فلا يمكن و لا يجوز أن تحدد بمعيار واحد يشمل جميع هذه المجالات.

ثانيا: إثبات الخطأ الظاهر في التقدير

من إستقراء أحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر، نجد أن الخطأ الظاهر في التقدير ليس عيبا متعلقا بالنظام العام، ومن ثم فإن القاضي لا يلتزم بإثارته من تلقاء نفسه، بل يتعين على المدعي أن يقوم بإثباته وهو ما يعني أن إثبات الخطأ الظاهر يخضع للقواعد العامة للإثبات الإداري.

ومن المعلوم أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد طرقا معينة للإثبات أمام القاضي الإداري لها قوة وحجية معينة، ولم تنظم عبئ الإثبات أمامه فيما عدى بعض النصوص التي أشارت إجمالا إلى بعض وسائل الإثبات. وعليه فإن القاضي الإداري قد تحرر من أية نصوص، حيث يترك لتقديره تنظيم طرق وعبئ الإثبات، بما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية وتكوين عقيدته، و بالتالي فإن مذهب الإثبات في القانون الإداري هو مذهب الإثبات الحر المطلق، وهذا ما أضفى على الإجراءات الإدارية الطابع الايجابي التحقيقي[1].

ضف إلى ذلك من جهة أخرى أن الدعوى الإدارية أحد طرفيها دائما شخص إداري عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة، لاسيما وأنه غالبا هو المدعى عليه لإمتلاكه زمام المبادرة في إصدار القرارات وتنفيذها بالطريق المباشر مما يترتب عليه إخلال التوازن بين طرفي الخصومة في الدعوى الإدارية، وهو ما دفع بالقاضي الإداري إلى إعادة التوازن بين الطرفين في مقام الإثبات، و ذلك بتقرير بعض القرائن التي تؤدي إلى إعفاء من يتمسك بها من عبئ

[1] حاحة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 117. **نقلا عن:** - وزارة العدل ، صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، نشرة القضاة ، العدد 54 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1999 ، ص 178 – 179.

الإثبات بصفة مؤقتة، أو نقل عبئ الإثبات مباشرة من على عاتق الفرد المدعى إلى عاتق الإدارة المدعى عليها أو تنظيم محل الإثبات على نحو يستبعد قيام بعض الشروط الصعبة من مجال قيام الحق أو المركز القانوني، مما يزول معه عبئ الإثبات بالنسبة لها عن عاتق المدعي[1].

أما وإتجاه قرينة المشروعية والصحة المصاحبة للقرارات الإدارية - أي قرينة سلامة القرارات الإدارية و هي قرينة من إبتداع القضاء - فإن عبئ الإثبات حسب هذه القرينة يقع في الأصل على عاتق المدعي الذي ينازع في صحة القرار وسلامته، فإذا قدم من الحجج و الإدعاءات ما يمكن أن يزعزع تلك القرينة أو إتضح من أوراق الدعوى أن هناك ما يزحزح تلك هذه القرينة فإن عبئ إثبات مشروعية القرار تنتقل بذلك إلى عاتق الإدارة، التي يقع عليها واجب تبرير قرارها من جميع الجوانب المنازع فيها سواء من حيث الواقع أو القانون.

وعلى ذلك فإنه يقع على المدعي بداية إثبات عدم المشروعية أو بالأقل زحزحة قرينة الصحة التي تتمتع بها سواء من الواقع أو القانون، وهي القاعدة المقررة في الإثبات أمام القضاء الإداري، فإذا ما قام إدعاء الطاعن بوجود خطأ ظاهر في التقدير على أسباب جدية، مدعمة بقرائن قوية، فإن عبئ الإثبات ينتقل من على عاتق الفرد المدعي إلى عاتق الإدارة المدعى عليها، خاصة وأن بحوزتها جميع الأوراق وعناصر التقدير التي أقامت عليه قرارها. وإثبات القاضي الإداري لقيام خطأ ظاهر في التقدير، لا يكون ميسورا إلا إذا توافرت أمامه عناصر هذا التقدير، وذلك من خلال الأوراق التي تحتكم عليها الإدارة في الأصل[2]، خاصة فيما يتعلق بالقرارات الإدارية التي يوجب المشرع تسبيبها.

ولهذا فإن القاضي الإداري لا يلتزم بأقوال الإدارة كما هي، وإنما له الإطلاع على أصول الأوراق المبررة لقرارها ليتسنى له الحكم على مقتضاها، وله في سبيل الوصول إلى الحقيقة اللجوء **للخبرة أو الإنتقال للمعاينة** إذا اقتضى الأمر، كما تساهم خصائص الخطأ الظاهر في تيسير إثباته، فخاصة الظهور والوضوح يمكن أن تستنتج من الإختلال القائم بين الحل الذي يقرره القانون والتصرف الذي صدر عن الإدارة ويؤدي هذا الإختلال بالتالي إلى عدم مشروعية القرار، كذلك يمكن أن يؤدي إلى عدم المشروعية خاصية الجسامة عندما يتبين أن هناك تفاوت صارخ بين سبب القرار والأثر المترتب عليه (المحل)[3].

كما أنه من دراستنا لمعيار النظرية فيما تقدم فإن "المعيار الموضوعي" من شأنه أن ينير الطريق أمام إثبات الخطأ الظاهر في التقدير إذ تتيح موضوعية المعيار أمام المتقاضي و القاضي السبيل للإستدلال على توافر الخطأ الظاهر من عدمه.

---

(1) محمود سلامة جبر ، المرجع السابق ، ص 235.

(2) المرجع نفسه ، ص 250.

(3) زكي محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 55.

أنظر أيضا: - محمود سلامة جبر ، المرجع نفسه ، ص 255.

وأخيرا نخلص إلى أن القضاء الإداري وبالأخص الفرنسي، قد إستلهم المبادئ العامة للإثبات الإداري في إثبات الخطأ الظاهر في التقدير الإداري، وساهم في بلورة تلك المبادئ و إعمالها بما ينسجم مع الطبيعة الذاتية للخطأ الظاهر وخصائصه المميزة[1].

وهكذا بات من المسلم به فقها وقضاءا أنه يمكن للقاضي الإداري الأمر بالوسائل العامة للإثبات، وهذا من مستلزمات تحقيق العدالة الإدارية و لا تتضمن مساسا بإستقلال الإدارة أو مبدأ الفصل بين السلطات كما صار من الممكن للقاضي الإداري أن يصدر أوامر للإدارة أثناء سير الدعوى بإيداع المستندات أو بالإفصاح عن أسباب القرار أو عن صحة القرارات من الناحية الشكلية، بحيث إذا لم تمتثل الإدارة لهذه الأوامر يلغي القاضي قرارها، وعليه فقد توصل الفقه إلى القول إلى أنه من الناحية الواقعية فإن الأوامر والتوجيهات التي يصدرها القاضي الإداري في نطاق التحضير أو الإثبات تقترب وتشبه من أوامر و توجيهات السلطات الرئاسية العليا الموجهة إلى الأدنى منها في مدارج التدرج الرئاسي.

الفرع الرابع: موقف وتطبيقات نظرية الخطأ في التقدير في القضاء الجزائري

كما أشرنا سابقا أن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إستطاعت أن تشق طريقها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بدعم الإجتهاد القضائي، لتستقر في النهاية كمبدأ من مبادئ العامة للقانون، يترتب على تخلفه أن يشوب القرار الإداري عيب مخالفة القانون، كما أنها باتت تطبق في جميع المجالات التي من شأنها أن تدخل في النشاط الإداري، وفي مصر لم يكن مجلس الدولة المصري بمعزل عن هذه التطورات القضائية فقد باشر منذ إنشائه رقابته على الخطأ الظاهر في التكييف القانوني لتقدير الوقائع، وإن لم يكن يستعمل تعبير الخطأ الظاهر أو كما يترجمه فقهاء في مصر "الغلط البين" ولكنه أعمل بمضمون ونتائج النظرية واستعمل مصطلح "عدم الملائمة الظاهرة".

ويذهب **الدكتور محمود سلامة جبر** إلى إعتبار "قضاء الغلو" تطبيقا خاصا لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي ظهرت في فرنسا في المجال التأديبي[2]، وفي الحقيقة أن النظريتين، الخطأ الظاهر و الغلو في التقدير تتفقان في مقاومة التقديرات الغير معقولة والمجاوزة للسلطة التقديرية للإدارة والسلطات التأديبية، كما أنهما يمثلان تجديدا قضائيا حققه كل من "مجلس الدولة الفرنسي و المصري" لسد الفراغ في الرقابة القضائية العادية وزيادة مجال المشروعية[3].

أما **القضاء الإداري الجزائري** فقد طبق أحكام هذه النظرية في مجالات متعددة وخاصة في المجال التأديبي، إذ أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة في المجال التأديبي، تنصب

---

(1) زكي محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 55 – 56.
(2) محمود سلامة جبر ، رقابة مجلس الدولة الفرنسي في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، المرجع السابق ، ص 216.
(3) حاحة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 120.

على تقدير الوقائع من الإدارة، وذلك من خلال الرقابة على الخطأ الواضح في التقدير، المعروف كذلك بإسم الرقابة الضيقة.

وترى **المستشارة فريدة أبركان** رئيسة مجلس الدولة الجزائري سابقا أن هذا العيب هو بمثابة صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية.

ويمكن الوصول حسب **قول المستشارة** إلى الغلط الواضح في التقدير **بالإجابة على التساؤل الأتي:** ألا يعد الجزاء المسلط على الموظف مبالغا فيه؟

إن الإدارة تتمتع في المجال التأديبي بسلطة تقديرية بخصوص إختيار الجزاء، غير أن القاضي يمارس رقابة دنيا عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم من تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها وعن تجاوزها "حدود المعقول في حكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملائمة".

وهذا ما تم في **(قضية يحياوي ضد وزير العدل)** حيث ذهبت المحكمة العليا الى أن المشرع تطبيقا **للمادة 531 قانون الإجراءات المدنية السابق** والخاصة بطلبات المراجعة ترك لوزير العدل، تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة وبالنتيجة فإن وزير العدل حر في إخطار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الإختصاص التقديري.

غير أن قراره و مادام يضيق من ممارسة حق محمي قانونيا، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساسا خطيرا بحرية أحد الأفراد، وأن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسببا، وأن وزير العدل وبقراره قد إرتكب غلط واضح في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن[1].

ولهذا ذهب بعض الفقه إلى أن القاضي الإداري الجزائري يتمتع من خلال مراقبة مدى مشروعية القرار الإداري بسلطة تقدير واسعة، متأثرا في ذلك بالقاضي الإداري الفرنسي، الذي يأخذ بمبدأ الملاءمة في حالة إرتكاب الإدارة لخطأ فادح في التقدير[2].

وقد أشار هذا الفقه إلى **قرار** "للغرفة الإدارية للمحكمة العليا" في غاية الأهمية، **جاء فيه:**"...أن القاضي الإداري **مؤهل بتقدير ملاءمة التدابير** المأمور بها لمتطلبات الوضعية..." فقاضي تجاوز السلطة ينظر في مدى تجاوز السلطة للحد القانوني، في حين أن قاضي الملاءمة هو الذي يضع الحد لتجاوز الإدارة، فهو يبتكر القاعدة القانونية بإجتهاده[3].

غير أن **الأستاذ زروقي العربي** في **مقالته** "التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية و مدى تأثر القضاء الإداري الجزائري بها"، يشير بخصوص تطبيق

---

[1] فريدة أبركان ، المرجع السابق ، ص 39 – 40.
[2] باية سكاكني ، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة ، دار هومه ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص 71 – 72.
[3] **قرار مشار إليه عند:** - باية سكاكني ، المرجع نفسه ، ص 71 – 72.

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في قضائنا على أنه بمراجعة أحكام "مجلس الدولة الجزائري" لا نجد لها أثر كبير في تطبيقاته توحي بتبني ذلك المجلس لها وذلك بالمفهوم والمعنى التي هي عليه في القضاء الفرنسي وذلك نظرا لعدم تأثير القاضي الجزائري بالتطور والإجتهاد القضائي الذي أدى إلى ظهور النظرية من جهة ونظرا للنظرة المعادية لرقابة الملائمة من قبل القاضي الجزائري والفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة وهذا على خلاف نظيره المصري الذي تأثر بها إلى درجة كبيرة جعلته يواكب هذا التطور بكل مرونته[1].

وفي الأخير فإن مجلس الدولة الجزائري وإن كانت لم تستقر في ظله هذه النظرية بعد إلا أنه قد إستجاب لهذا التطور وذلك بتطبيق بعض نتائج نظرية الخطأ في التقدير في بعض المجالات على الرغم من أنها مازالت قاصرة وغير قادرة على مجارات التطورات العصرية وما صحبها من إتساع مجال السلطة التقديرية.

[1] العربي زروقي ، المرجع السابق ، ص 125.

المطلب الثالث: رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار – نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار
النظرية التقييمية (مبدأ الحصيلة) أو نظرية الموازنة بين المزايا و التكاليف

Le principe du bilan : Cout- Avantage

أشرنا فيما سبق إلى أن التطورات القضائية المتلاحقة التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في العقود الأخيرة من القرن الماضي **- الثلاثة الأخيرة-** أدت إلى إبتداع و إبتكار أدوات فنية جديدة يتوسل بها في تحقيق رقابة عميقة على تقديرات السلطة الإدارية في شتى مجالات نشاطها الإداري، ومن بين تلك الأدوات إلى جانب نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التى درسناها في المطلب السابق، نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار، وهي نظرية تقييمية ظهرت كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإداري.

وعليه فسوف نتطرق في عرض هذه النظرية بداية بالتطرق إلى مفهومها و نشأتها

الفرع الأول: مفهوم و تطور نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار

أولا: مفهوم النظرية

ينصب تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار أو بين التكاليف و المزايا أساسا على محل القرار الإداري أي على الأثر القانوني الذي تتجه الإدارة إلى إحداثه من خلال إصدار هذا القرار سواءا عن طريق إنشاء مركز قانوني أو إلغائه شريطة أن يتم تطبيق هذه النظرية إلا إذا كانت الإدارة تتمتع في هذه الشأن بسلطة تقديرية، وذلك إذا منح لها المشرع قدرا من حرية الإختيار بين عدة حلول، أو تخليه عن وضع أية حلول مكتفيا بتحديد الغاية من القرار[(1)]، وهنا تكمن خطورة السلطة التقديرية للإدارة.

وابتكرت هذه النظرية في الأصل، لما عجزت وسائل الرقابة الأخرى في مواجهة قرارات تحوي في مضمونها على أضرار، أو إذا بلغت بها درجات كبيرة وملحوظة من عدم التوازن أو التكافؤ، وبالتالي أتاحت هذه النظرية للقضاء أن يأخذ في إعتباره عند تقييم مضمون قرار ما لكافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون أو على الأقل، كل ما له أهمية في هذا الصدد سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه أو المزايا المترتبة عليه حتى يتمكن بعد ذلك من إجراء

[(1)] العربي زروق ، مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا (بين المنافع و الأضرار) : النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006 ، ص 132.

عملية الموازنة بين هذه وتلك من جهة، وبين الغاية أو الهدف من ذلك القرار من الجهة الأخرى، فإذا انتهت عملية الموازنة هذه إلى ترجيح الأضرار يتعين على القضاء الحكم بإلغاء هذا القرار، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة حكم بالصحة ومشروعية هذا القرار[1]، وفي نفس سياق هذا التعريف أشار **الأستاذ سامي جمال الدين** محاولا تعريف هذه النظرية أو المبدأ حسب تعريفه بقوله "كانت ثمرة إجتهاد الفقه والقضاء، الإعلان عن مبدأ الموازنة أو التوازن بين المزايا و الأضرار المترتبة على القرارات الإدارية، بحيث يتعين المضاهاة الصريحة بينهما، فإذا كانت الأضرار هي المرجحة، تعين عليه الحكم بإلغاء هذا القرار لعدم مشروعيته"[2]، وهكذا نفهم أن مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار أنه يتطلب من القاضي أن يضع الأثار الناجمة عن القرار الإداري في ميزان العدالة، مزاياه في كفة وأضراره في الكفة الأخرى، و ذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية والتفضيل.

ثانيا: نشأة و تطور النظرية

الميدان الذي ولد فيه مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار بإعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، ويمثل بالتالي مجاله الرئيسي في التطبيق، هو ميدان مسائل **نزع الملكية للمنفعة العامة**، وعلى الأخص قرارات إعلان المنفعة العامة فيها، **فقبل 1971** لم يكن للقاضي الإداري أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة، وإنما كان يعتمد على التأكد فقط من هدف هذه العملية، وهو بالطبع تحقيق المنفعة العامة، **مثل** بناء مستشفى حكومي أو مدرسة أو مكتب بريد أو شق طريق أو جسر، وعموما كافة المتطلبات العقارية اللازمة لسير المرافق العامة بإنتظام[3].

وعليه فقد كانت رقابة مجلي الدولة الفرنسي قبل هذا العام، وبعبارة في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة لا تتعدى حدود ما إذا كان من شأن عملية النزع تحقيق المنفعة العامة أم لا، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقيق شرط المنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة، أي أنه ينظر إلى عملية نزع الملكية للمنفعة العامة في ذاتها، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها و الأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة للأفراد، أو بمصالح أخرى إن وجدت، أو بتكاليف وأعباء المشروع المالية، وذلك طبعا لتعلق هذه الأمور بالملاءمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة.

---

[1] المرجع السابق ، ص 133.

[2] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 275.

[3] المرجع نفسه ، ص 277.

وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية، حيث تقتصر فقط على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار المنفعة العامة، و التكييف القانوني لهذه الوقائع[1].

وفي مواجهة التقدم العلمي المتزايد، وتعقد المسائل العلمية والفنية، خاصة في المجالات الإقتصادية، وما ترتب على ذلك من إتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من إحتمالات تعسف الإدارة وتحكمها في هذه المسائل، لاسيما إذا اتصل الأمر بالأموال الخاصة والملكية العقارية[2]، وبالتالي كان من ثمرة ذلك ظهور نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار على أساس أنها في الأصل هي مبدأ من مبادئ القانون العامة.

ولقد ساهم في ظهور هذه النظرية، تطور فكرة المنفعة ذاتها، تحت تأثير التدخلات الإقتصادية والإجتماعية للدولة، وتغير العلاقة بين الفرد والسلطة، وتحول مفهوم حق الملكية على نحو يجعل له وظيفة إجتماعية، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون مطلق يقابل بينها و بين المنفعة الخاصة، بل أصبحت فكرة موضوعية تقدر وفقا لظروف المشروع، وما يحققه من مزايا إقتصادية وإجتماعية تأخذ في الإعتبار الأضرار المترتبة عليه، وما تكلفه من أعباء مالية، قصد إقامة توازن بين هذه المزايا و التكاليف[3].

وعلى ضوء ذلك، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إجراء عملية موازنة بين المنافع و الأضرار، أو المزايا و الخسائر، أو المزايا و التكاليف، التي قد تترتب على القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة[4] إذ وكما أشرنا آنفا، توضع كل المنافع و الأضرار التي أتخذ قرار المنفعة العامة على ضوئها في كفتي ميزان، بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء الناجمة عنه شديدة أو مفرطة، بالنسبة لما يحققه من مزايا ومنافع.

ويعتبر **الحكم** الصادر عن "الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي" بتاريخ **28 ماي 1971 في قضية المدينة الجديدة شرق -Ville nouvelle est-** بداية الأخذ بهذه النظرية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، مستوحيا في **حكمه** بالأخذ بمبدأ الموازنة من **"مرافعة" لمفض الدولة - الحكومة- السيد بريبون -Braibant-**، حيث قرر في **حكمه المشهور** هذا بأنه يجب على القاضي من أجل تقدير المنفعة العامة أن يوازن ما بين الفوائد و الأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها، وقد جاء في حكمه "بأن أية أعمال لا يمكن أن

(1) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 308.
أنظر أيضا: - العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 134.
(2) سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات ، المرجع السابق ، ص 667.
(3) محمود سلامة جبر ، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، الرسالة السابقة ، ص 159.
(4) محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع السابق ، ص 232.

يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلا إذا كانت الأضرار على الملكية الفردية و الثمن المالي والأضرار المحتملة على النظام الإجتماعي، غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي **حققها".**

وتتلخص **وقائع هذه القضية*** في أن إدارة الحكومة الفرنسية قررت **عام 1966** إنشاء **مدينة جديدة** (تجمع عمراني جديد) **شرق مدينة ليل بشمال فرنسا** بهدف حل المشاكل العمرانية في المدينة، وإخراج هيئات التعليم العالي من وسط المدينة المكتظة، وكذلك إنشاء مجمع سكني للطلبة، حيث تضمن المشروع إنشاء مدينة جديدة تضم ما بين **20 ألف و 25 ألف شخص**، ومجمع سكنيا مخصصا ل **30 ألف طالب**، ويحتاج هذا المشروع إلى **إستملاك 500 هكتار**، ومبلغ يزيد على **مليار فرنك**، وكذلك **إستملاك وهدم 250 منزلا** بعضها تم إنشائها حديثا بموجب رخص تم منحها في العام السابق، وإستجابة للمعارضة الشديدة من سكان الأبنية الحديثة، إقتصر الأمر على **إزالة 88 منزلا فقط**، واستبعدت مقترحا كانت قد قدمته جمعية الدفاع عن حقوق أصحاب المنازل ويستهدف **إنقاذ 80 منزلا آخر من الهدم**، على أساس نقل محور الطريق الشمال الجنوب الوارد في المشروع.

ولكن فقد تقرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار **وزير التعمير والإسكان الصادر في 13 أفريل 1968**، وعليه فقد طعنت جمعية الدفاع على هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة، وتمسكت إلى جانب الكثير من أسباب الطعن المتعلقة بالإجراءات وبالموضوع، وكان الدفع الأساسي و الرئيسي بأن هدم ما يقارب من **100 منزل** كان من الممكن تفاديه بتغيير مسار الطريق، وأن هدمها يشكل ثمنا باهضا ومرتفعا جدا من أجل إنشاء المشروع المقترح، مما يجرده من صفة النفع العام، ومن ثم يجب إلغاء القرار المطعون فيه.

أما فيما يخص **مرافعة مفوض الحكومة السيد بريبون (Braibant)،*** إذ إقترح على مجلس الدولة بأن هدم قرابة **100 مسكن** متوازن من أجل إنشاء مدخل على الطريق الرئيس، ومجمعا يضم مدينة جديدة من **20 ألف نسمة**، ومجمعا جامعيا من **30 ألف طالب**، أن أهمية هذا المشروع يجب أن توضع في الميزان مع الأبنية التي ستهدم، وسيكون بالتأكيد غير معقول ترحيل **100 عائلة من أجل إسكان 500**، ويكون طبيعيا جدا **هدم 100 منزل** في حالة مشروع يسمح ببناء عدة آلاف، ودون شك يمكن تغير مدخل الطريق، كما تطلب الجمعية المدعية و لكن يستوجب إلغاء المجمع الجامعي من مشروع المدينة إلا أن المشروع كان بالتحديد من أجل إنجازه.

وعليه ففي هذا الحكم أكد مجلس الدولة مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة ليل، لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره.

---

* مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 181 – 182.

لتفصيل أكثر حول هذا الحكم أنظر: - محمد صلاح عبد البديع ، الإتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 1 ، 2004 ، ص 61 و ما بعدها.

وبهذا **الحكم** صاغ مجلس الدولة نظريته الجديدة **-** الموازنة بين المنافع و الأضرار**-** أصبح من المستقر في قضائه بهذا الخصوص أنه لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة والتكلفة المالية والأضرار المحتملة على المستوى الإجتماعي، أو مصالح أخرى عامة، ليست باهضه بالنسبة إلى المصلحة أو المنفعة التي تحققها.

ويلاحظ أن عملية الموازنة التي أقامها هذا الحكم، قد رعي فيها إعتبارين أساسيين وهما: حماية حقوق الأفراد ومراعاة مقتضيات حسن سير الإدارة ومتطلباتها وذلك في مجال تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، لا سيما فيما يتعلق بتقرير وتحديد فكرة المنفعة العامة[1].

وقد إمتد مجال تطبيق هذه النظرية في قضاء "مجلس الدولة الفرنسي" إلى مجالات أخرى، غير مجال نزع الملكية للمنفعة العامة أو بما يسمى **الإستملاك، مثل:** القرارات المتصلة بمخالفة التنظيم، وقرارات إقامة أبراج خطوط الكهرباء، وقرارات سحب التراخيص، و القرارات المتعلقة بتوسعة البلدية أو إنشاء مركز بلدي لمكافحة الحريق، ومجال قرارات الإستلاء، وقرارات تحديد مناطق الحماية حول المواقع المراد حمايتها[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه وبعد مرور أقل من عامين على صدور الحكم الذي أرسى به "مجلس الدولة الفرنسي" نظرية الموازنة، تلاه أول حكم إيجابي يطبق مضمون هذه النظرية و ألغي فيه قرار إعلان المنفعة العامة إستنادا إلى هذا المبدأ بقرار صادر في **20 أكتوبر 1972** في **قضية -Société civile Sainte- Marie de l'assomption-**، حيث أخذ "مجلس الدولة" **برأي مفوض الحكومة السيد موري زوت (Morisot)**[3]، **كما أصدر وزير الأشغال الفرنسي لسنة 1973 المنشور رقم (1973/94)** الذي ألزم بمقتضاه الجهات الإدارية بدراسة مشروعتها جيدا قبل تقرير المنفعة العامة، كما نبه إلى عدم اللجوء إلى وسيلة نزع الملكية إلا في أضيق نطاق، وهذا لتكون قرارات الإدارة متناغمة مع القضاء الجديد لمجلس الدولة.

أما عن القضاء الإداري المصري، فلم يأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار الذي قرره "مجلس الدولة الفرنسي"، بحيث لم تمتد رقابته إلى الموازنة بين قرارات إعلان المنفعة العامة بين المنافع التي تعود على الصالح العام والأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك، كما أنه لم يبسط رقابته على حرية الإدارة في إختيار العقارات اللازمة للمشروع أو مساحتها، حيث ترك هذه الملاءمة للسلطة التقديرية للإدارة، ومن أحكامه في ذلك، ما قضت به "المحكمة الإدارية العليا" في **حكمها** الصادر في **28 جانفي 1978 - القضية 192 لسنة 22 ق** ، **المجموعة السنة 23 ، ص 58-** قائلة **"**إن كل ما أشترطه القانون رقم **(577) لسنة 1954** لإجازة نزع

---

[1] المرجع السابق ، ص 61.
[2] سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 280.
أنظر ايضا: - مصلح الصرايرة ، المرجع السابق ، ص 183.
- محمد فريد سليمان الزهيري ، المرجع السابق ، ص 239 و ما بعدها.
[3] مصلح الصرايرة ، المرجع نفسه ، ص 182.

الملكية، هو أن تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك، وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية التي لها طبقا **للمادة 12 من القانون** أن تحدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة، وكذلك العقارات التي ترى أنها مكملة لأغراض المشروع، كما قضت في **12 ماي 1979** في **حكمها** في **- القضية 571 لسنة 18 ق ، المجموعة السنة 24 ، ص 111- "**من المقرر قانونا أن لجهة الإدارة سلطتها في إختيار الموقع و تحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققا للمصلحة العامة...".

غير أن "القضاء الإداري المصري" وإن لم يشير إلى النظرية صراحة أو يذكر تبنيه لها، إلا أنه طبق مضمون هذه النظرية في بعض أحكامه محاولة منه فرض قدر من الحدود على سلطة الإدارة التقديرية بشأن قرارات نزع الملكية، وهو ما نلمسه من قضائها في حكمها الصادر بتاريخ **18 ماي 1985 - القضية (رقم الطعن) 2441 لسنة 30 ق ، المجموعة السنة 30 ، ص 1089-** حيث قضت المحكمة بإلغاء قرار الإدارة بتقرير المنفعة العامة على قطعة أرض المدعين والإستلاء عليها للأعمال اللازمة لتوسعة **جامعة (الزقازيق)**، لما تبين أن الجامعة قد باعت المساحات التي كانت تحت يدها، الأمر الذي يشوه الغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام **قائلة "**بأن **المادة 34 من الدستور**.......و **- المادة 01 من القانون رقم 577 لسنة 1954-** بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، و تنص على أن**:** يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون.......وبذلك فقد حرص الدستور والقانون على التوفيق بين حق الدولة في الحصول على العقارات اللازمة لمشاريعها العامة وبين حقوق ذوي الشأن من ملاك هذه العقارات.........فما تقدره الجهة الإدارية في هذا الشأن، يجب أن يكون مستمدا من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها لما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المصلحة العامة لها و الإستلاء عليها للصالح العام، كأن دلت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك، وقعت الإجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون في غير الأحوال المقررة، وتشوبه للغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام**"(*).**

ويشير **الأستاذ سامي جمال الدين** على ما تقدم فلن يكون غريبا على القضاء الإداري المصري الأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار في القرارات الإدارية، وخاصة ما يمس منها بالمصالح الإقتصادية للأفراد، وهي مصالح جديرة بالمراعاة دون ريب، كما أنه وفي تقديريه يوجد بين المبادئ العامة للقانون في مصر، ما يعد سندا قانونيا لذلك متمثلا في المبدأ

(*) المرجع السابق ، ص 183 – 184.
أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 280 و ما بعدها.

المستمد من الشريعة الإسلامية ومقتضاه **"لا ضرر و لا ضرار"** حيث يرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ القانونية العامة الملزمة للكافة في مصر[1].

الفرع الثاني: مراحل رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار و معيار الموازنة

أولا: مراحل رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار

وكما رأينا فيما تقدم بأنه بعد تبني القضاء الفرنسي لهذه النظرية فإن رقابته لم تعد تقليدية قاصرة على التحقق من الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها، وباتت تمتد إلى ما تتضمنه هذه القرارات من مزايا و أضرار وذلك على ضوء كافة الإعتبارات والظروف البيئية والإجتماعية والمالية والإقتصادية السائدة والقائمة وقت تقدير وتقييم مضمون القرار، وبهذا أصبحت رقابة القاضي الإداري لقرارات المنفعة العامة بناءا على هذه النظرية أو هذا المبدأ تمر **بثلاثة مراحل وهي[2]:**

1- المرحلة الأولى: وفيها يتأكد القاضي الإداري من أن هناك حقا منفعة عامة وفعلية تبرز بوضوح من جراء نزع الملكية، وعليه ففي هذه المرحلة دور القاضي يتجسد في مجرد التأكد من أن عملية نزع الملكية ليس من ورائها هدف سوى تحقيق المنفعة العامة، فإذا ثبت له ذلك إنتقل إلى المرحلة الثانية.

2- المرحلة الثانية: وفيها يتأكد القاضي الإداري من أن نزع ملكية العقار الذي تطالب به الإدارة أمر ضروري ولازم لتحقيق النفعة العامة، إذ يراقب ما إذا كان المشروع المراد إنجازه لن يحقق منفعة عامة إلا إذا أقيم في ذات الموقع أي موقع العقار الذي ستنزع ملكيته، ولهذا توصل "مجلس الدولة الفرنسي" إلى قاعدة مفادها: **- العمل نفسه قد يعتبر من قبيل المنفعة العامة في حالة معينة، وقد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى -**

« Une même opération peut être d'utilité public dans un cas et pas dans un autre ».

3- المرحلة الثالثة: وتمثل هذه الأخيرة **قمة و حداثة** تطور الرقابة القضائية المتضمنة منفعة عامة، بحيث بالإضافة إلى رقابة المرحلتين السابقتين إمتدت رقابة القاضي الإداري إلى ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة بنزع الملكية من أجل إنجازه يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب وأضرار. وهذا هو جوهر ولب نظرية الموازنة وهذا بما يسمى برقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار أو التكاليف و المزايا، وهي رقابة قضائية تحرص إلى

---

[1] المرجع السابق ، ص 283.

[2] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 134 – 136.

لتفصيل أكثر حول هذه المراحل أنظر: - خليف ياسمين ، رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون - فرع قانون المنازعات الإدارية- ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتزي وزو ، 2011 ، ص 125 و ما بعدها.

الوصول لهدف أسمى يسعى دائما القضاء إلى تحقيقه وهو **"عقلنة الإختيارات التقديرية للإدارة"** - **De rationaliser les choix discrétionnaire de l’administration -**.

ثانيا: معيار الموازنة بين المنافع و الأضرار

يقوم القاضي الإداري بالترجيح بين المنافع و الأضرار المترتبة على التقدير الإداري في قرارات نزع الملكية على أساس وهدي أكثر من معيار فهو يعتمد على مقدار المنفعة و المضرة، وعلى قيمة التكاليف المالية من عائدات وأعباء، كما يرى في ذلك ما يصيب الملكية الخاصة من أضرار وما يقابل المنفعة العامة من فوائد، فضلا عما ينجم عن ذلك من آثار إجتماعية و إقتصادية و بيئية و سياسية، فيفهم بأنه يأخذ بعين الإعتبار كافة العناصر الإيجابية والسلبية للقرار من جميع النواحي والموازنة بينهما لترجيح كل منها بمقداره، والضابط في كل هذا هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار، **وعليه فالمعايير** التي يجب أن تأخذ بعين الإعتبار عند تقرير الموازنة للترجيح **بإيجاز هي**[1] **:**

1- معيار التكاليف المالية للعملية: يستوجب على القاضي الإداري أن يأخذ بعين الإعتبار و الحسبان عند تقييم العملية التكاليف التي تستحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ، إذ لا يكتفي عند تقدير هذه التكاليف وحسب بل يعقب على المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ، وهل بمقدرتها تحمل هذه التكاليف أم لا ليتبين له من بعدها حقيقة أمرها لإمكانية الترجيح.

2- معيار حق الملكية الخاصة: وفقا لهذا المعيار يقارن القاضي بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية للمصلحة العامة، وبين الفوائد التي قد تترتب عن نزعها لإنجاز المشروع.

3- معيار التكاليف الإجتماعية للمشروع: ويتمثل في الأثار الإجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع بإلحاقها سواء بالأفراد أو البيئة وهو معيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى، فالإدارة غالبا ما تضع تدرجا لهذه المعايير حتى تتمكن في تقديرها لمدى أهمية كل معيار منها على حدى، أما بالنسبة للقاضي الإداري في موازنته هذه بين المزايا و العيوب لإعلان المنفعة العامة، فيكون على أساس لما يراه مناسبا و ملائما لحقيقة الواقع الإجتماعي.

---

[1] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 136 – 137.
لتفصيل أكثر حول هذه المعايير أنظر: - خليفة ياسمين ، المذكرة السابقة ، ص 115 و ما بعدها.

الفرع الثالث: تقييم و تمييز نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار

على الرغم مما حققته رقابة الموازنة من مزايا، أقلها في الحد وكبح جماح ونزوات التقديرات التحكمية الغير مدروسة للإدارة في مجالات نزع الملكية، مما يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد عامة والملكية الخاصة خاصة، إلا أنها لم تسلم وتعرضت للنقد من عدة نواحي، أهمها أن من شأن قضاء الموازنة أن يجعل من القاضي رئيسا أعلى على الإدارة بحلوله محل الإدارة في التقدير وهذا ما يخرجه من دائرة المشروعية، وبالتالي المساس بمبدأ الفصل بين السلطات كما رأينا في شأن معظم أشكال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، فضلا عما يؤدي إليه ذلك من إعطاء فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي بما يعني إمكانية إختلاف الحلول القضائية تبعا لكل قضية وكذلك بحسب كل قاضي أو تشكيلة قضائية بحد ذاتها، إضافة إلى الصعوبات الفنية التي تحيط بالموازنة، إذ كيف يتسنى مقارنة الأشياء الغير مثلية كأن تتم المقارنة بين إنشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء من مستشفى[1] وهذا من جهة.

ومن جهة أخرى يخلط جانب كبير من الفقه الفرنسي بين نظرية (مبدأ) الموازنة بين المنافع والأضرار من ناحية وبين مبدأ التناسب و نظرية الخطأ الظاهر في التقدير من ناحية أخرى[2]، في حين ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار مبدأ الموازنة من المبادئ القانونية العامة المستقلة عن مبدأ التناسب وعن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير[3].

وعليه فإتجاه الإنتقادات التي وجهت إلى نظرية الموازنة من جهة وإلى الخلط بينها وبين مبدأ التناسب مع نظرية الخطأ الظاهر من جهة أخرى، **نتعرض إلى هتين الإشكاليتين بإعتبارهما إشكال واحد بالطرح الآتي:**

مما لا شك فيه بأن نظرية الموازنة قد رسمت حدا جديدا للسلطة التقديرية للإدارة في مجالات إعمالها، وهذا بإعتبارها إحدى الأدوات الفنية لممارسة رقابة التناسب وهذا كما رأينا وخلصنا سابقا في مطلب هذه الرقابة، وبالتالي تعتبر نظرية الموازنة إحدى تطبيقات رقابة مبدأ التناسب و لا خلط بينهما.

أما فيما يخص باقي الإشكال، فلقد ذهب جانب من الفقه الإداري إلى نفس النتائج التي تترتب عن مبدأ الموازنة بوسائل أخرى لا تتعرض للإنتقادات، وهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير والتي تعرضنا إليها في المطلب السابق، كما ذهب جانب آخر من الفقه إدراكا منه للمجال الذي تعمل فيه كل من النظريتين إلى إبراز العلاقة بينهما من أوجه تشابه و تطابق و

---

(1) **لتفصيل أكثر حول هذه الإنتقادات و الرد عليها أنظر:** - رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 350 و ما بعدها.
(2) Auby (J-M) et Drago (R) , op. cit. , P 204.
(3) سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 276.

أوجه تباين و إختلاف[1]، مع الإحتفاظ لكل منهما بذاتيتهما الخاصة بإعتبار أن كلاهما أداتين فنيتين لممارسة الرقابة على التناسب والحد من تقديرات السلطة التقديرية.

و لتكون الدراسة هنا أوضح فسوف نتعرض لهذين الإتجاهين:

أولا: إتجاه التشابه و التطابق بين الرقابتين (النظريتين)

يرى هذا الإتجاه أن هناك علاقة تبني بين النظريتين، فنظرية الموازنة نشأت في الأصل من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك أن **مفوض الحكومة السيد بريبون -Braibant-** في تقريره المقدم عن قضية المدينة الجديدة، كان قد وضع نفسه أولا في مجال نظرية الخطأ الظاهر وبالتالي فالقضاء بدلا من أن يطبق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير طبق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار[2]، وبالتالي فإن الموازنة تمثل نموذجا لنظرية الخطأ الظاهر.

كما تشترك النظريتان في أنهما تواجهان التقديرات المفرطة أو الغير معقولة للسلطة التقديرية للإدارة، وينصب كل منهما على مظهر من مظاهر هذه السلطة أو جانب من جوانب التقدير في القرار الإداري[3]، إضافة إلى أنهما لا يقضيان بإلغاء القرار إلا إذا بلغ تقدير الإدارة حد جسيم، وهو ما دفع بأصحاب هذا الإتجاه الفقهي إلى القول بأنه يتعين النظر إلى النظريتين على أنهما من طبيعة واحدة، ويقومان على أساس واحد، ويؤديان وظيفة مشتركة، لدرجة إمكانية أن تحل إحداهما محل الأخرى أو يستعان بهما معا وذلك للحد من تجاوزات السلطة التقديرية للإدارة[4].

إضافة إلى أن مجلس الدولة يلجأ أحيانا إلى تطبيق نظرية الخطأ الظاهر، وأحيانا أخرى إلى تطبيق نظرية الموازنة وهذا في منازعات مماثلة، كما هو الشأن في منازعات تسريح العمال حيث كان يطبق عليها نظرية الخطأ الظاهر ثم طبق عليه أخيرا نظرية الموازنة، وفي المقابل طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر في مجال قرارات نزع الملكية رغم أنها الميدان الرئيسي لنظرية الموازنة[5].

الأمر الذي يؤكد مدى التقارب بين النظريتين، وإن وجد إختلاف بينهما فهو إختلاف في الدرجة وليس في الطبيعة على اعتبار أن نظرية الموازنة أشد درجة في درجات تطبيق نظرية الخطأ الظاهر، يلجأ إليها القاضي الإداري في الحالات التي يصعب عليه فيها إعمال و تطبيق

---

(1) محمود سلامة جبر ، المرجع السابق -الرسالة-، ص 177 – 178.
(2) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 336.
(3) محمود سلامة جبر ، المرجع نفسه ، ص 178.
(4) رمضان محمد بطيخ ، المرجع نفسه، ص 334.
(5) محمود سلامة جبر ، المرجع نفسه، ص 187.

نظرية الخطأ الظاهر[1]، وبالتالي فهما نظريتين متميزتين كما أنهما ليستا نظريتين متعارضتين.

ثانيا: إتجاه التباين و الإختلاف

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أنه إذا كان هناك أوجه تشابه بين النظريتين، إلا أن ذلك لا يمنع وجود إختلافات جوهرية بينهما تتعلق بطبيعة الرقابة في كل منهما، وفي نطاق تطبيقهما وعنصر القرار الذي تنصب عليه وذلك كالتالي:

1- إختلاف النظريتين من حيث طبيعة الرقابة: يرى هذا الإتجاه بأن نظرية الموازنة تندرج في رقابة المشروعية حيث ينصرف دور القاضي فيها إلى رقابة التكييف القانوني للمنفعة العامة، عن طريق تحديد مفهوم المنفعة العامة، تلك المنفعة التي تعد معيار الشرعية كافة الأعمال الإدارية المستندة إليها كإعلان المنفعة العامة وأعمال الإستلاء وغيرها، ذلك أن مفهوم المنفعة العامة، إما أن يقوم المشرع بتحديده بدقة ومن ثم ينعدم دور القاضي الإداري هنا، وإما أن يكون مصاغا بشكل عام ومطلق مما يجعله من المرونة والإتساع، والتي تتطلب في حالة نشوء نزاع حوله ضرورة تدخل القاضي لضبطه وتحديده من خلال مباشرة رقابة التكييف القانوني للوقائع المبررة له، وهو ما تتيحه نظرية الموازنة التي تعد شرطا للمشروعية بهذا الشأن في حين أن رقابة الخطأ الظاهر تتعلق برقابة الملائمة حيث تنصب على تقدير الوقائع، وذلك لمواجهة التقديرات غير المعقولة التي تقوم بها الإدارة[2].

2- إختلاف النظريتين من حيث النطاق: فقد ذهب **الأستاذ دي لوبادير** إلى أن الخطأ الظاهر قد نشأ بداية في نطاق السلطة المقيدة للإدارة (تعادل الوظائف، عمليات التجميع الزراعي) ثم إمتد إلى نطاق السلطة التقديرية (رخصة البناء) وأدرجه "مجلس الدولة" في نطاق الرقابة الأدنى، أما نظرية الموازنة فقد نشأت في نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مجال عمليات نزع الملكية للمنفعة العامة ثم إمتدت إلى نطاق آخر يجمع بين السلطة التقديرية وضرورة توافر شروط معينة كالإستثناء من قواعد التخطيط العمراني[3].

3- إختلاف النظريتين من حيث عنصر القرار: تنصب نظرية الخطأ الظاهر على التكييف القانوني للوقائع وتقديرها، أي على عنصر السبب، وليس الأمر كذلك بالنسبة لنظرية الموازنة التي تقع على مضمون القرار ومدى مطابقته للصالح العام، أي عنصر المحل[4].

غير أننا في الأخير نخلص على أساس دراستنا السابقة إلى أن كلا النظريتين يمثلان تجديدا قضائيا مبتكرا من قبل قضاء "مجلس الدولة الفرنسي" لغرض الرقابة على أعمال الإدارة و

---

(1) رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 337.
أنظر أيضا: - زكي محمد النجار ، المرجع السابق ، ص 58.
(2) رمضان محمد بطيخ ، المرجع نفسه ، ص 338 و ما بعدها.
(3) محمود سلامة جبر ، المرجع السابق ، ص 182.
(4) رمضان محمد بطيخ ، المرجع نفسه ، ص 341 – 342.

بالذات للحد من سلطتها التقديرية وكبحها، وعليه وكما قلنا سابقا فإنهما يمثلان أدوات فنية يتوسل بهما القضاء الإداري في ممارسة رقابته في التناسب كل بحسب المجال الذي تعمل فيه، وبالتالي فلا وجود لإختلاف بينهما في الطبيعة فكلاهما ينتمي الى رقابة المشروعية، وحقيقة إمتدادهما إلى الملائمة هو عندما تكون هذه الأخيرة شرطا من شروط المشروعية.

والإختلاف الوحيد بينهما هو أن نظرية الخطأ الظاهر تنصب على تقدير وتقييم الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قرارها أي على عنصري السبب و المحل معا، بينما نظرية الموازنة تنصرف إلى وجوب عدم رجحان وتغلب أضرار القرار الإداري على منافعه، والتي تتصل بتقييم مضمون القرار ومدى إتفاقه مع الصالح العام، أي على عنصري المحل و الغرض في القرار الإداري، رغم هذا الإختلاف إلا أن التناسب يبقى هو الأساس الذي يقومان عليه في الأصل، إذ يستعملهما القاضي معا بحسب المجال الذي تصلح له وتعمل فيه كأداة فنية يحتاجها في بسط رقابته.

الفرع الرابع: تطبيقات رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار في القضاء الإداري الجزائري و مدى تأثره بها

من خلال تصفح أحكام مجلس الدولة الجزائري الفتي والحديث يتبين أنه لم يتأثر بالتطور الذي أصاب قضاء "مجلس الدولة الفرنسي" فيما يخص الرقابة على نزع الملكية للمنفعة العامة وبالذات التطور الناتج عن الأخذ بمبدأ الموازنة بين المزايا و التكاليف أو المنافع و الأضرار والذي طبق في مجال الرقابة على تقديرات الإدارة في مجال نزعها للملكية من أجل المنفعة العامة.

فنزع الملكية يتطلب تمتع الإدارة بقسط من الحرية أي من السلطة التقديرية في تقدير المنفعة العامة والذي تدخل تقليديا ضمن سلطتها، علما أن مهمة القاضي عليها تقتصر على مراقبة المشروعية و لا يمكن أن تمتد إلى الملاءمة[1]، وهذا ما أكده **حكم** "الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا" في **قرارها** الصادر بتاريخ **21 أفريل 1990** وخلاصة هذا الحكم "بأن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة تقدير إختيار الإدارة لأماكن محل نزاع الملكية وذلك لإنجاز مشاريع المنفعة العامة"[2]، بحيث تقتصر رقابة القاضي على تقييمه للمنفعة العامة الناتجة عن عملية نزع الملكية بمراقبة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع التي تدعيها و تستند إليها الإدارة وهذا ما يطابق القضاء الفرنسي التقليدي في هذا المجال، وهذا ما أشارت إليه **الأستاذة ليلى زروقي** قائلة "بأن القاضي يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق من مدى فعالية المنفعة العمومية" **وتضيف** قائلة "ليس هناك ما يمنع القاضي الإداري الجزائري أن يذهب إلى الأخذ بالنظرية

[1] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 138 – 139.
[2] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 21 أفريل 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، لسنة 1992 ، ص 158.

التقييمية (الموازنة بين المنافع والمساوئ)، مدام أن القاضي لا يتدخل في الملاءمة و لا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، وكل ذلك يتم عن طريق عملية التكييف الوقائع ليس إلا"[1].

ونفهم من ما أشارت إليه **الأستاذة:** بأن القاضي الإداري الجزائري مازال معاديا لرقابة ملاءمة السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية، مقتصرا على الرقابة التقليدية المشار إليها سابقا وهذا على الرغم من إمكانية إعمال رقابته وفقا لمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار ودون المساس بالمسائل التي تدخل ضمن الإختصاص التقديري للإدارة.

ويقول **الأستاذ العربي زروق** "بالرغم من خروج رقابة القاضي عن الأسلوب التقليدي لها فإنها لم تلجأ إلى الأسلوب الحديث في الرقابة وهو أسلوب الموازنة، إلا في حالات ضيقة جدا وبطريقة إستثنائية ومحتشمة بما تناسب وحقوق والحريات الأساسية للأفراد وبتوسيع مجال المشروعية إلى مجال الملاءمة"[2].

ونلاحظ هنا أن بأن القاضي الإداري الجزائري لا يعمل بجوهر نظرية الموازنة إلا إذا أضطر إضطرارا وأن إعماله هذا يكون جزئي وغير واضح وبالتالي لا يجسد أبعاد وأهداف إعمال النظرية التي وجدت وابتكرت أصلا من أجلها، كما أن فكرة توسيعه للمشروعية إلى مجال الملاءمة، فهي في حقيقة الأمر وكما شهدنا سابقا فكرة خاطئة إذ أن الملاءمة تدخل في إيطار المشروعية إذا كانت شرط من شروطها.

ومما سبق تمكن البعض من القول بأن القضاء الإداري قد أخذ في قضائه ببعض أحكام نظرية الموازنة وطبقها في مجالها الأصلي مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق كان في أحد جوانبه يأخذ بأحكام نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

وهذا كنتيجة لما أكدته **الأستاذة فريدة أبركان** بقولها "يمكننا التقريب بين الإجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير بين نظرية الحصيلة - نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار- المطبقة في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. فقاضي تجاوز السلطة يتثبت هنا من مدى تحقيق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة أم لا ومن جهة أخرى سيتخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقدر هذا القرار قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي سيراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة"[3].

وعليه فإن إعمال القاضي الإداري الجزائري لأحكام نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار فيما يتعلق بنزع الملكية متوقف وقائم على وجود خطأ ظاهر في التقدير يشوب

---

[1] ليلى زروقي ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 03 ، 2003 ، ص 10 وما بعدها.

[2] العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 139.

[3] فريدة أبركان ، المرجع السابق ، ص 40.

القرار الإداري، وبالتالي فقضاءنا يربط بين نظرية الخطأ في الظاهر في التقدير وبين نظرية موازنة بين المنافع و الأضرار، إذ لا يطبق نظرية الموازنة إلا إذا شاب القرار خطأ ظاهر و بارز وصارخ في التقدير.

ومن التطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري الجزائري، ما **قررته** "الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في **قرارها** الصادر في **13 جانفي 1991 - قضية (س) ضد والي تيزي وزو-**[1]، "حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجية من حاجيات المنفعة العمومية و إنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل الطريق.

"حيث أن الهدف المتوخي في العملية أي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن.

وعليه **قضت الغرفة** بإلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بخطأ ظاهر في التقدير وهو ما يستخلص من القضية في عبارة "لا تستجيب لأية حاجية من حاجيات المنفعة العمومية وإنما هي في صالح عائلة واحدة" وفي نفس الوقت يمكن أن نقول أن هذا الإلغاء قام على أساس الموازنة والترجيح بين المنافع و الأضرار، فكانت نتيجته وفقا للخطأ الظاهر المشار إليه إذ رجح كفة الأضرار على كفة المنافع فألغي القرار.

تم

[1] **قضية مشار إليها عند:** - فريدة أبركان ، المرجع السابق ، ص 40 – 41.

الخـــاتمة

لا تعرف الآن دولة بغير نظام وحدود واضحة لحرية الحكام والمحكومين على السواء، فالمشروعية باتت بمثابة الضوء الذي يحدد معالم الطرق والسبل الجائز منها وغير جائز إتباعها.

وقيام التحديد هذا يؤدي بدوره إلى إزدواج موقف الإدارة بين ما يباح ويتاح لها ويعد إختصاصها ومن ضمن صلاحياتها وما يحرم ويمنع عليها، كذلك بين سلطات مقيدة وسلطات تقديرية متروكة لإختيارها.

ولقد تعرضنا في هذا البحث إلى هذه السلطة التقديرية المتروكة لإختيار الإدارة في دراسة موضوعها **الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة** وهو موضوع جد هام يشغل الفكر القانوني الحديث.

ولما كانت هذه الدراسة تهدف إلى الوصول والتمكن من فهم موضوع السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها بشكل واضح وممنهج خلال الإطلاع عليه بهدف ما من قبل المختصين من الباحثين وغيرهم وكذلك من قبل الغير المختصين في مجال القانون ووفقه القانون الإداري بالذات.

فقد تناولنا هذه الدراسة وهذا البحث في فصلين، فصل أول تناول الجانب و الإطار النظري للسلطة التقديرية للإدارة، وفصل ثاني تناول الجانب العملي والتطبيقي للرقابة القضائية على الإدارة خلال وبعد ممارستها لهذه السلطة ومراحل تطور هذه الرقابة.

وكانت بداية دراستنا في الفصل الأول تنصب على تناول المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة والتي يعتبرها الفقه نظرية قائمة بحد ذاتها هذا وهذا في ظل الفقه القانوني والقضائي، وتحديد المعنى الواضح والسليم الذي لا يعتريه الغموض في التفسير وفي التحديد، وهذا من خلال التعرض إلى مدلول السلطة التقديرية للإدارة وتاريخ ومراحل تطورها بالموازاة مع السلطة المقيدة والانتهاء إلى التمييز بينهما.

كما تطلب الأمر التمييز بين نظرية السلطة التقديرية والنظريات المشابهة لاسيما نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية، إضافة إلى كل من عمل المشرع وعمل القاضي باعتبار أعمالهم يعتريها نوع من حرية التصرف والتقدير، وهذا بتبيان نقاط التشابه و الإنتهاء بتحديد أوجه الاختلاف بينهما.

وكان لابد للتعرض إلى أساس ومبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة، على الرغم من أنها حقيقة واقعة وضرورة لا غنى عنها لممارسة الإدارة لنشاطاتها المختلفة، وهذا

للإعتراف بها كسلطة قانونية إذ وجب علينا تحديد أساس قيامها ثم طرح مبررات الأخذ بها إذ لا تكفي هذه الأخيرة وحدها لتبرير وجود هذه السلطة دون التطرق إلى الأساس.

كما أن هذه الدراسة كانت بحاجة ماسة إلى تحديد مجال التقدير ومجال التقييد في القرار الإداري وهذا لإبراز والوقوف عند مواضع وتواجد السلطة التقديرية في عناصره الخمسة المعروفة.

وبينت كذلك هذه الدراسة المعايير المختلفة والتي بإمكانها أن تحدد قيام السلطة التقديرية من عدمها، وهي معايير يتسنى بواسطتها معرفة بأن الإدارة والقضاء الإداري خلال مواجهة حالة معينة بالذات أنهم بصدد سلطة تقديرية وأن الإختصاص حيال هذه الحالة غير مقيد بقواعد قانونية، وهذا ما أضفى على هذه المعايير الدور المزدوج، إذ يتمثل الأول في إمكانية تحديد متى تقوم السلطة التقديرية للإدارة، وفي الثاني تكون بمثابة معايير للتفرقة والتمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة.

إضافة كان من اللازم التطرق في دراستنا إلى عيب الإنحراف بالسلطة كونه عيب ملازم للسلطة التقديرية للإدارة نظرا للعلاقة الوثيقة بينهما وكونها المجال الخصب لتواجد هذا العيب.

وجاء في نهاية دراستنا للفصل الأول توضيح مدى وجوبية الإلتزام بممارسة السلطات التقديرية للإدارة وكيفية ممارستها بإعتبارها سلطة ضرورية للإدارة الحسنة، وفي الأخير تناولنا مبررات الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، كونها من جهة لازمة وضرورية لحسن سير الإدارة وفي نفس الوقت ومن جهة أخرى سوء إستعمالها يمس بحقوق وحريات الأفراد بطريقة مباشرة.

ومن هنا فكل ما تقدم كان يعكس جوهر هذه المذكرة من الناحية النظرية، أما من الناحية التطبيقية فقد كانت الدراسة فيها في الفصل الثاني فقد كان لا بد من تحديد الضمانات التي تقف وراء عدم إمكانية إستعمال السلطة التقديرية للإدارة كأداة في يد الإدارة لهدر الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد بإسم سلطة خولها المشرع إياها، وهذا في ظل نظام قضائي كرس فطنته واجتهاده في إيجاد ووضع قيود للحد من السلطة التقديرية للإدارة منذ ظهورها لأول مرة.

وفي سبيل إلقاء الضوء على الأساليب القضائية التي فرضت على السلطة التقديرية للإدارة، تناولنا بداية الأساليب القضائية التقليدية والتي تدخل عن طريقها مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة من أجل فرض رقابته عل هذه السلطة باعتباره السباق إلى إكتشافها، وبعدها حددنا موقف القضاء المصري منها باعتباره هو كذلك السباق إلى الإقتباس والمشي على خطى مجلس الدولة الفرنسي، وانتهينا إلى موقف القضاء الإداري الجزائري منها.

ثم تناولنا بعد ذلك الأساليب القضائية الحديثة والتي جاءت لتوسيع نطاق هذه الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، إذ باتت الأساليب التقليدية وإن كانت تحقق قدرا من الحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة ما تتمتع به الإدارة من إمتيازات السلطة العامة في مجالات النشاط الإداري التقليدية إلا أن هذه الحماية لم تعد كافية في ظل إرتياد الإدارة لمجالات النشاط الإداري الحديثة، وعرضنا بعد ذلك إلى موقف كلا من القضاء الإداري المصري والجزائري من هذه الأساليب المستحدثة.

وعليه فقد إتضح لنا من خلال دراستنا لموضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، أن هذه الدراسة كان أساسها التجربة الفرنسية، حيث أنه كان لا مفر من عدم التركيز على هذه التجربة، وهذا لعدة أسباب، أهمها أن الولوج للمواضيع والبحوث الإدارية بشكل عام يستلزم الإعتماد كليا على المنبع الأول لهذه المواضيع وهو بالطبع القضاء والفقه الفرنسي وهذا هو الواقع الذي صادف موضوع دراستنا، كذلك فقد كانت نشأة وبداية و إكتمال معالم وحدود الرقابة القضائية التي فرضت على السلطة التقديرية في القضاء الفرنسي، كل هذا أدى بنا إلى تغليب الرقابة التي مارسها مجلس دولته في بحثنا، ولعلها النتيجة التمهيدية والأولى التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، ضف إلى ذلك الفقه والقضاء المصري كونه كان السباق دائما إلى تقفي أثر نظيره الفرنسي.

<u>النتائج</u>

و بعد أن قمنا بدراسة موضوع السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية التي فرضت عليها بالكيفية التي أشرنا إليها سابقا توصلنا إلى إيراد النتائج حسب الجوانب و التسلسل التالي:

* نتائج من الجانب النظري

أولا: في المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة

خلصنا إلى أن السلطة التقديرية تعني حرية التقدير التي يمنحها القانون للإدارة لتحديد ما يصح وما يسمح عمله وما يصح تركه، و السلطة التقديرية غير قابلة لأن تكون أكثر أو أقل بل تكون أو لا تكون، غير أن الصلاحية الممنوحة للإدارة من خلالها يمكن أن تكون أكثر أو أقل تقييدا أو تحديدا، فهي من حيث التعريف مطلقة بلا قيد ولكن نطاق تطبيقها يمكن أن يكون أقل أو أكثر إتساعا.

والسلطة التقديرية للإدارة تتشابه مع السلطة المقيدة، في أن كلتيهما مصدره القانون ويخضعان لمبدأ المشروعية، فالفارق الرئيسي بينهما يتمثل في مدى الحرية التي يمنحها القانون للإدارة في ممارسة نشاطاتها.

كما أنه لا توجد سلطة مقيدة بصورة مطلقة، فحتى عندما تجبر الإدارة على فعل معين فإنها تتمتع أحيانا بإختيار وقت إتخاذ الإجراء، كذلك لا توجد سلطة تقديرية مطلقة، وإنما حرية في التقدير بدرجات متفاوتة تبعا لمقتضيات الصالح العام.

مرت السلطة التقديرية للإدارة **بثلاثة** مراحل حتى وصلت إلى صورتها الراهنة وهي: ***مرحلة قرارات الإدارة البحتة*** وكانت سلطة الإدارة خلالها غاية في الإتساع، بل وشبه مطلقة، ثم تلتها **مرحلة القرارات التقديرية** وفيها بدأ التقدير الإداري في التقلص تدريجيا، وأخيرا **مرحلة السلطة التقديرية** وفيها وجدت السلطة التقديرية للإدارة في صورتها الحالية.

بالرغم من أن نظرية السلطة التقديرية مصنفة كإحدى الإستثناءات أو القيود الواردة على مبدأ المشروعية إلا أن العلاقة بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية عمليا وفي حقيقتها تجلت لنا في دراستنا للموضوع بأنها نظرية وفكرة تتكامل مع قواعد المبدأ ولا تتعارض معها، وما هي إلا وسيلة لتطبيق القانون ومن ثمة الإلتزام بمبدأ المشروعية.

بالنسبة إلى أساس السلطة التقديرية والذي يؤدي إلى معرفة أصل قيام هذه السلطة أو كيف وجدت، فعلى الرغم من أن الفقه قد إنقسم إلى قسمين من النظريات لتحديد أساس لهذه السلطة، النظرية السلبية والنظرية الإيجابية، وعلى الرغم من أن هذه الأخيرة والتي تتمثل في "فكرة المشروع" والتي لاقت إستحسان غالبية الفقه الإداري ودعا مؤيدو الفكرة إلى تأويل أساس السلطة التقديرية في المشروع الخاص، إلا أن دراستنا هذه كشفت لنا على أن الأساس الشرعي للسلطة التقديرية إنما يتمثل في مبدأ المشروعية نفسه وسيادة القانون، فالشخص الذي يباشر سلطته التقديرية في تطبيق القانون لا يستمد هذه السلطة من ذاته، ولكنه يستمدها من القاعدة القانونية التي يقوم بتطبيقها ويباشرها في حدودها وهذا ما يدعم النتيجة السابقة والمتعلقة بالعلاقة بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية.

كثيرا ما كان إلهام الإدارة كاشفا عن نقص التشريع أو عيبه وكثيرا ما كان سببا في تعديل قواعده، وكل هذا أدى بالمشرع بأن يترك بعض التفاصيل في النشاط الإداري لحكمة وقدرة وإمكانيات الإدارة، و هذه أهم نتيجة تلخص مبررات وجود السلطة التقديرية للإدارة.

ثانيا: في مجال السلطة التقديرية للإدارة

النتائج التي توصلنا إليها من خلال تعرضنا لمجال السلطة التقديرية للإدارة في دراستنا هي أن مجال التقدير في عناصر القرار الإداري، يكمن في عنصري المحل والسبب وهما

عنصرين مرتبطين ومتلازمين باعتبار أن المحل ينبع في الأسباب والتي يجب أن يطابقها، وهذين العنصرين يشكلان ما يسمى بالحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة.

أما مجال التقييد فيظهر في عنصر الإختصاص إذ تعتبر قواعده من النظام العام فلا يجوز مخالفتها، وعنصر الغاية إذ أن الإدارة تكون مقيدة بالهدف الذي حدده المشرع أو تحقيق الصالح العام، أما عنصر الشكل والإجراءات فلا يحتمل السلطة التقديرية إذا كان القانون يوجب على الإدارة إتباع إجراء وشكلية معينة أو كانت هذه الأخيرة جوهرية وأساسية، وهذه العناصر هي الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة.

وكآخر نتيجة خلصنا إليها في هذا الصدد أنه لا يوجد قرار إداري تقديري بكل عناصره وإنما يرد التقدير على عنصر بعينه فقط من عناصر القرار الإداري.

ثالثا: في تحديد السلطة التقديرية للإدارة

1- في معايير قيام الإختصاص التقديري

على الرغم من تعدد هذه المعايير والتي كان الغرض منها إيجاد معيار دقيق يحدد الإختصاص التقديري يكون أساس يهتدي به رجل الإدارة والقاضي الإداري على حد سواء في معرفة موطن الإختصاص التقديري لما تواجههم حالة ما، غير أن النتيجة التي أوضحها البحث هي دور القضاء الإداري في قيام القواعد القانونية عن طريق قدرته في إستلهام روح المشرع، وبالتالي في تحديد معيار للسلطة التقديرية، وهو دور لا يمكن إنكاره، والذي أتمه ما قدمه إجتهاد الفقه الإداري إذ بذل جهدا كبيرا في سبيل تحديد السلطة التقديرية مسترشدا بحلول القضاء الإداري، وعليه فمن قواعد التشريع و إجتهادات القضاء الإداري تمكن الفقه أن يحدد المجالات المحجوزة للسلطة التقديرية للإدارة.

2- الإنحراف بالسلطة من العيوب الملازمة للسلطة التقديرية للإدارة

السلطة التقديرية هي المجال الخصب لعيب الغاية والذي يربط غالبا بعيب الإنحراف بالسلطة وبالتالي فهي موطنه الأساسي، إذ لا مجال لبحث عيب الإنحراف بالسلطة في نطاق الإختصاص المقيد.

3- إلتزام وكيفية ممارسة الإختصاص التقديري

ممارسة الإختصاص التقديري ليس رخصة أو إمتياز بل يعد إلتزام وواجب مفروض على الإدارة بقوة القانون وهذا لتحقيق الإدارة الحسنة فتركه بمثابة مخالفة للقانون، كما أنها ملزمة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير، وبعيدة تماما عن الدوافع الذاتية والشخصية لممارسة هذا الإلتزام القانوني.

*** من الجانب التطبيقي و التطبيقات القضائية**

رابعا: في الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

توصلنا من خلال دراسة الأساليب القضائية التقليدية والتي فرضت للتدخل لأول مرة للحد من السلطة التقديرية للإدارة والتي كانت من إكتشاف وإجتهاد مجلس الدولة الفرنسي إلى النتائج التالية:

كانت الإنطلاقة وكما رأينا سابقا بفرضه رقابة على وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي والتأكد من صحتها القانونية، وهي رقابة سلطت على عنصر السبب والتي تمكن من إلغاء القرار نتيجة لعدم وجود وصحة الوقائع التي بني عليها القرار الإداري، وقد سميت "برقابة الحد الأدنى"، وهي أول خطوة خطاها مجلس الدولة الفرنسي لتقيد الإختصاص التقديري للإدارة، وسايره في ذلك كلا من نظيريه القضاء الإداري المصري والقضاء الإداري الجزائري منذ النشأة مباشرة.

وبعد ذلك مباشرة إنتقل إلى خطوة ثانية لرقابة السبب وبالتالي المرحلة الثانية للحد من السلطة التقديرية للإدارة والتي تنصب على التأكد من سلامة التكييف أو الوصف القانوني لهذه الوقائع و إلا أعتبر القرار في حكم الإلغاء نتيجة الخطأ في القانون وسميت "برقابة الحد أو المستوى العادي والطبيعي" وقد إتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري والجزائري منذ النشأة كذلك، وبالتالي أضاف مجلس الدولة الفرنسي قيدا آخر عل السلطة التقديرية للإدارة يضاف إلى القيد الأول.

خامسا: في الأساليب الحديثة لتوسيع نطاق الرقابة على السلطة التقديرية

بعد عجز الأساليب التقليدية على تغطية والحفاظ على حقوق وضمان حريات الأفراد من تجاوزات السلطة التقديرية، خاصة في ظل التطورات السريعة والمتلاحقة للنشاط الإداري للدولة الحديثة، دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى ممارسة دوره الإنشائي في إبتداع الحلول التي تمكنه من مواكبة هذه التطورات، وتبلور هذا الإبداع في إبتكار نظرتين أساسيتين هما نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، واللتين يجمعهما رابط واحد هو فكرة التناسب أو رقابة التناسب.

فكرة التناسب أو الملائمة مكنت مجلس الدولة الفرنسي من إتخاذ خطوة ثالثة جريئة من أجل وضع قيود جديدة على السلطة التقديرية للإدارة فبات بإمكان القضاء الإداري البث والبحث في تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب (الوقائع) ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها (المحل)، بمعنى مدى كفاية السبب لتبرير محل القرار وهي تعرف برقابة التناسب أو رقابة الملائمة وتعتبر "المستوى الثالث والرقابة القصوى" للحد من السلطة التقديرية للإدارة.

توصلنا إلى التمييز بين مصطلح التناسب والملائمة المتداخلين وحتى أن هذا التداخل يشمل أيضا مصطلح السلطة التقديرية أساس الدراسة، فالتناسب في الحقيقة هو أحد جوانب الملاءمة في القرار الإداري ويظهر في مدى التوافق والتطابق بين سبب القرار ومحله، بينما الملائمة هي نتيجة مراعاة جوانب متعددة في القرار الإداري.

أما فيما يخص مصطلح السلطة التقديرية فقد برز التداخل من خلال تعريفها، إلا أن السلطة التقديرية هي المجال الذي تمارس فيه الإدارة إختصاصاتها بحرية ولها من الإتساع ما يشمل كل التصرفات الغير مقيدة قانونا، وعليه خلصنا لنتيجة أنه ليس هناك تطابق بين التناسب والملاءمة كما رأينا في النتيجة السابقة إذ يعتبر التناسب جزء من الملائمة وعليه فالملاءمة يمكن إعتبارها جزء من السلطة التقديرية.

من خلال دراستنا لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير والتي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي صراحة على إثر قضية **لاقرانج -Lagrange- لسنة 1961**، بحيث إستقرت فيما بعد نهائيا في قضائه الإداري وشملت جميع المجالات عن طريق الدعم و الإجتهاد القضائي.

توصلنا إلى نتيجة في غاية الأهمية، مفادها أن القضاء الإداري المصري كان السباق إلى تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب والذي أطلق عليه تسمية " قضاء الغلو" والذي غير به مسار تاريخ القضاء الإداري، وذلك على إثر الحكم الشهير الصادر **بتاريخ 11-11-1961** عن المحكمة العليا والتي أقرت فيه صراحة هذه الرقابة، مسجلين في ذلك تأخر نظيره الفرنسي في إقرار رقابته في هذا المجال.

وكانت محطة نتيجتنا الأخيرة حول هذه النظرية هي دراسة موقف القضاء الإداري الجزائري، إذ لعبت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا دورا بارزا في صياغة معالم القضاء الإداري من خلال ممارستها للرقابة الخطأ في التقدير خاصة في مجال العقوبة التأديبية، كذلك لعب فيها مجلس الدولة دورا لا يقل أهمية فيما بعد مرحلة إزدواجية القضاء، وذلك بتصريحه بوجود رقابة التناسب، وهذا يعني أنه أخذ بنتائج نظرية الخطأ في التقدير، على الرغم من أنه قضاء فتي مقارنة بنظيره الفرنسي والمصري.

نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار - النظرية التقييمية - هي التالية إحدى الأدوات الفنية التي بسط بها مجلس الدولة الفرنسي رقابته على التناسب في القرارات الإدارية، غير أنه وما يميزها عن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هو أن مجالها الأساسي والرئيسي هو القرارات المتعلقة بمسائل نزع الملكية للمنفعة العامة. وقد كان الحكم في القضية **المدنية الجديدة شرق- Ville nouvelle est- لسنة 1971** بداية الأخذ بهذه النظرية وصارت هذه النظرية فيما بعد قيمة وروعة التطور في إضفاء الفعالية على الرقابة القضائية للحد من تجاوزات السلطة التقديرية للإدارة.

وعرضنا إلى موقف مجلس الدولة المصري، فخلصنا في الأخير إلى أنه لم يأخذ بهذه النظرية إذ لم تمتد رقابته إلى الموازية بين المنافع التي تعود على الصالح العام و الأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك، حيث ترك هذه الملاءمة للسلطة التقديرية للإدارة، غير أنه تبينا لنا فيما بعد أن القضاء الإداري المصري و إن لم يشير إلى النظرية صراحة ويذكر تبينه لها إلا أنه طبق مضمون هذه النظرية للحد من السلطة التقديرية بشأن قرارات نزع الملكية، وفي تقديرنا هذا هو المهم.

كما خلصنا أيضا إلى أن القضاء الإداري الجزائري لم يتأثر هو الأخر بمبادئ هذه النظرية، لا في مرحلة القضاء الموحد و لا بعد الأخذ بالازدواجية، بحجة أن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة تقدير إختيار الإدارة لأماكن محل نزع الملكية من أجل إنجاز مشاريع للمنفعة العامة بحيث تقتصر رقابته عليها في الرقابة التقليدية فقط و هذا من جهة، ومن جهة أخرى إستنتجنا خلال الدراسة بأن القاضي الإداري الجزائري قد يشترط من أجل الأخذ بأحكام النظرية في مواجهة قرارات نزع الملكية إقتران هذا التقدير بوجود خطأ ظاهر في التقدير وبالتالي الربط بين النظريتين، إذ لا يطبق أحكام نظرية الموازنة إلا إذا شاب القرار خطأ ظاهر في التقدير.

وفي الأخير فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة إعطاء لمحة عما وصلت إليه الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة من تطورات حديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عن طريق نظرتي الخطأ الظاهر في التقدير والموازنة بين المنافع و الأضرار، فيما بات يعرف برقابة التناسب، ومدى إنعكاس ذلك في أحكام القضائين الإداريين المصري و الجزائري، خاصة وأن رقابة التناسب أصبحت شمسها تسطع في أرجاء القضاء الإداري لتمتد إلى محيط القضاء الدستوري أيضا، والذي تجمعهما وحدة الإنتماء إلى القانون العام ولما بينهما من صلات وثيقة، بحيث باتت تطبق فكرة التناسب في ميدان القانون الدستوري، ويتجلى تطبيقها في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين وهذا عن طريق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، إذ من المحتمل أن يكون خطأ ظاهر أو غلو في تقدير السلطة التشريعية عند سنها للقوانين.

التوصيات

وبعد هذه الحوصلة و النتائج التي توصلنا إليها لما تم طرحه من تساؤلات فإننا نورد بعض الملاحظات والتوصيات التالية:

1/ "مسايرة ومواكبة التطور" فالقضاء الإداري الجزائري لا يزال متخلفا عن اللحاق إلى ما حققه القضاء المقارن، لدى تطلعنا بأن لا يتأخر مجلس الدولة عن مسايرة ومواكبة التطور الذي أصاب نظيره المصري والفرنسي في الرقابة على قرارات الإدارة الصادرة بمناسبة

ممارسة الإختصاص التقديري، وذلك في كيفية دراسة القضايا والحكم فيها، وتفعيل الإجراءات في آجال قصيرة والإسراع في النطق بالحكم، وكذلك النهوض بالاجتهاد القضائي الإداري.

2/ **"ضرورة الأخذ وتبني النظريات الحديثة"** التي توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي في مواجهة وفرض الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير و نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، وهذا بصورة صريحة ومؤكدة تظهر وتتجلى بالأخص من خلال النطق بالأحكام.

3/ **"العمل على تكريس رقابة التناسب"** من قبل القاضي الإداري الجزائري بالأخص في مجال الوظيفة العمومية والعقوبة التأديبية بالذات، لأنها المجال الخصب والواسع التي تهضم وتهدر فيه حقوق الموظفين اللذين ما يكونوا غالبا تحت رحمة تصرفات الإدارة وتقديريها الذي يمارس تعسفا.

4/ **"تفعيل دور الرقابة على الإدارة"** وهذا بإستفادة القاضي الإداري من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد **رقم 08/09** والذي وسع من دائرة إختصاصه، بحيث حرص المشرع من خلال هذا القانون على الإهتمام بالقواعد المنظمة للمنازعات الإدارية كما ونوعا، لتتحول القواعد القانونية من **44 مادة** في قانون الإجراءات المدنية القديم والملغى إلى حوالي **188 مادة** في القانون الجديد السالف الذكر.

5/ **"تقنين أحكام التطور القضائي الإداري"** إذ نأمل أن يسارع المشرع إلى تقنين ما حققه الفقه والقضاء المقارن في مجال الرقابة على الإختصاص التقديري وكيفية ممارسته، ولن يتجلى هذا إلا بتعديل القانون العضوي **رقم 01/98** والمنظم لإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون **رقم 02/98** والمتعلق بالمحاكم الإدارية والقانون العضوي **رقم 03/98** والمتعلق بمحكمة التنازع.

6/ **"العمل على إنشاء لجان رقابة داخلية" وهذا** في جميع مؤسسات الدولة التي يمارس فيها بالدرجة الأولى نشاط إداري قد يمس بحقوق وحريات الأفراد سواء موظفين أو مواطنين، وتفعيل دور هذه اللجان الرقابية، للتأكد من مدى مطابقة أعمال الإدارة للقانون، وخاصة الأعمال التي تكون بمناسبة ممارسة السلطة التقديرية.

وفي الختام نقول أن العمل على هذه الدراسة ورغم الصعوبات التي واجهتنا فقد قدمنها كخطوة جديدة متواضعة، نرجو على إثرها أن تساهم في إثراء الفقه القانوني الجزائري، وبالطبع يبقى الموضوع مطروحا للدراسة لإستدراك الأمور التي لم نتطرق إليها أو للتوسع فيها أكثر.

قائـــمة الـــمراجع

أولا- النصوص القانونية

أ- الدساتير:

- التعديل الدستوري لجمهورية الجزائر لسنة 1996. صدر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996 ، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية. الجريدة الرسمية ، العدد 76 بتاريخ 1996/12/08.

ب- القوانين العضوية:

01- القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 2004/09/06 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، الجريدة الرسمية ، العدد 57 بتاريخ 2004/09/08.

02- القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 2004/09/06 ، المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته ، الجريدة الرسمية ، العدد 57 بتاريخ 2004/09/08.

ج- القوانين:

01- القانون رقم 78-12 المؤرخ في 1978/08/5 ، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ، ج.ر 32 .

02- القانون رقم 82-06 المؤرخ في 1982/02/27 ، المتضمن علاقات العمل الفردية ، ج.ر 09.

03- القانون رقم 89-21 المؤرخ في 1989/12/27 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء و الملغى حاليا.

د- الأوامر:

01- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/07/15 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 46 بتاريخ 2006/07/16.

02- الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 2006/07/15 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 بتاريخ 2008/04/23.

03- الأمر رقم 11-01 المؤرخ في 2011/02/23 ، المتضمن رفع حالة الطوارئ ، الجريدة الرسمية ، العدد 12.

و- المراسيم الرئاسية والتنفيذية:

01- المرسوم رقم 82-302 المؤرخ في 1982/09/11 ، المتعلق بالأخطاء المهنية وعقوباتها ، الجريدة الرسمية ، العدد 11.

02- المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 1985/03/23 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 13.

03- المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 1992/02/09 ، المتضمن إعلان حالة الطوارئ ، الجريدة الرسمية ، العدد 10 بتاريخ 1992/02/09.

ثانيا- القرارات و الأحكام القضائية

01- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ، المؤرخ في 12 جانفي 1968 ، قضية (كروم) ضد (بلدية الجزائر العاصمة) ، الجمهورية الجزائرية ، وزارة العدل ، نشرة القضاة ، العدد 02 ، مارس – أفريل 1968.

02- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 22236 ، المؤرخ في 11 جويلية 1981 ، الجمهورية الجزائرية ، وزارة العدل ، نشرة القضاة ، العدد 03 ، جويلية 1986.

03- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم28561 ، المؤرخ في 11 ديسمبر 1981 ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر.

04- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 558006 ، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، قضية (ح.م) ضد (و.و.س.و.ص.ع) ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992.

05- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 37404 ، المؤرخ في 29 ديسمبر 1989 ، قضية فريق (ع) ضد (والي ولاية تيزي وزو) ، المجلة القضائية ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1990.

06- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 66960 ، المؤرخ في 21 أفريل 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992.

07- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 68240 ، المؤرخ في 28 جويلية 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992.

08- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، ملف القضية رقم 1156557 ، المؤرخ في 05 جانفي 1997 ، قضية (والي ولاية بسكرة) ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

09- قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر ، فهرس رقم 737 ، المؤرخ في 03 يونيو 1997 ، قضية (الوكالة الوطنية للأثار وحماية المعالم التاريخية) ضد (السيد ياهوني كمال) ، غير منشور.

10- قرار مجلس الدولة ، فهرس رقم 371 ، المؤرخ في 26 جويلية 1999 ، غير منشور.

11- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ، قضية أرملة (ق.ب) ضد (والي ولاية معسكر) ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1990.

12- قرار مجلس الدولة - الغرفة الرابعة - ، فهرس رقم 371 ، ملف القضية رقم 880183 ، قضية (برحمة يوسف) ضد (مدير التربية والتعليم لولاية سيدي بلعباس) ، غير منشور.

ثالثا- الكتب

أ) باللغة العربية

- العامة-

01- **التحياوي محمود السيد عمر** ، نطاق سلطة القاضي وفقا لقانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999.

02- **الدريني فتحي** ، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ، مطابع جامعة دمشق ، الطبعة 1.

03- **أحمد سليم سعيفان** ، الحريات العامة و حقوق الإنسان- دراسة تحليلية و فلسفية و سياسية وقانونية ومقارنة - ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت.

04- **أحمد محيو** ، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق – خالد بيوض ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994.

05- **أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد** ، تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء - دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي و نصوص القانون المصري - ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007.

06- **إعاد على حمود القيسي** ، القضاء الإداري ، دار وائل للنشر ، عمان ، 1999.

07- **باية سكاكني** ، دور القاضي الإداري بين المتقاضي و الإدارة، دار هومة، الجزائر، 2006.

08- **جعفر محمد أنس قاسم** ، الوسيط في القانون العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.

09- **جورجي شفيق ساري** ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

10- **حسين بن الشيخ آث ملويا** ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة ، الطبعة 4 ، 2006.

11- **خليفة سالم الجهمي** ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة و الجريمة في مجال التأديب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009.

12- **سليمان محمد الطماوي** ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة ، دار النهضة العربية ، الطبعة 2 ، 1966.

13- **سليمان محمد الطماوي** ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة - دراسة مقارنة - ، مطبعة عين الشمس ، مصر ، الطبعة 3 ، 1978.

14- **سليمان محمد الطماوي** ، نظرية التعسف بالإنحراف بالسلطة - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996.

15- **سليمان محمد الطماوي** ، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، الطبعة 2 ، القاهرة ، 1957.

16- **سليمان محمد الطماوي** ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة 3 ، القاهرة ، 1966.

17- **سليمان محمد الطماوي** ، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، مطبعة جامعة عين الشمس ، الطبعة 6 ، القاهرة ، 1991.

18- **سليمان محمد الطماوي** ، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996.

19- **سليمان محمد الطماوي** ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996.

20- **سليمان محمد الطماوي** ، القضاء الإداري (قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام) - دراسة مقارنة - ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996.

21- **سامي جمال الدين** ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة 1 ، 2004.

22- **سامي جمال الدين** ، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.

23- **سعد جورج** ، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011.

24- **عبد الحكم فوده** ، الخصومة الإدارية ، بدون دار و سنة للنشر.

25- **عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني** ، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة و الشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.

26- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002.

27- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات و العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.

28- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، الأسس العامة للقرارات الإدارية في الفقه و القضاء ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2008.

29- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008.

30- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية.

31- **عبد الغني بسيوني عبد الله** ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996.

32- **عبد الغني بسيوني عبد الله** ، التنظيم الإداري -دراسة مقارنة- ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.

33- **عمار بوضياف** ، القرار الإداري ، جسور للتوزيع و النشر ، الجزائر ، 2007.

34- **عمار بوضياف** ، الوجيز في القانون الإداري ، جسور للنشر ، الجزائر ، 2007.

35- **عمار بوضياف** ، المرجع في المنازعات الإدارية (الإيطار النظري للمنازعات الإدارية) ، القسم الأول ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2013.

36- **عمار بوضياف** ، المرجع في المنازعات الإدارية (الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية) ، القسم الثاني ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2013.

37- **عمار عوابدي** ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2003.

38- **عمار عوابدي** ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية) ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 4 ، الجزائر ، 2005.

39- **عمري بوفليجة** ، قضاء الإلغاء في الجزائر -دراسة مقارنة- ، المكتبة المصرية للنشر و التوزيع ، 2010.

40- **عمر محمد الشوبكي** ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2007.

41- **عدنان عمرو** ، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.

42- **عصام الدبس** ، القضاء الإداري و رقابته للأعمال الإدارة -دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010.

43- **علي عبد الفتاح محمد** ، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية و دعوى الإلغاء) -دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009.

44- **فهد عبد الكريم أبو العثم** ، القضاء الإداري بين النظرية و التطبيق ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005.

45- **ماجد راغب الحلو** ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008.

46- **محمد الصغير بعلي** ، مجلس الدولة ، دار العلوم ، عنابة - الجزائر- ، 2004.

47- **محمد النجار زكي** ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.

48- **محمد حسنين عبد العال** ، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971.

49- **محمد حسنين عبد العال** ، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 2 ، 1991.

50- **محمد بكر حسين** ، الغلو في توقيع الجزاء الإداري و الرقابة القضائية - دراسة مقارنة - ، مكتبة السعادة طنطا ، 1991.

51- **محمد رفعت عبد الوهاب** ، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1992.

52- **محمد رفعت عبد الوهاب** ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2007.

53- **محمد صلاح عبد البديع** ، الإتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 1 ، 2004.

54- **محمد عصفور** ، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة و التفسير و الإبداع ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1957.

55- **محمد فؤاد عبد الباسط** ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.

56- **محمد نصر الدين مصباح القاضي** ، أصول القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008.

57- **محمد وليد العبادي** ، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة ، الوراق للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008.

58- **محمود الجبوري** ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة- ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1998.

59- **محمود حافظ** ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة 7، 1979.

60- **محي الدين القيسي** ، مبادئ القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.

61- **مصلح ممدوح الصرايرة** ، القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2012.

62- **مصطفى أبو زيد فهمي** ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.

63- **مصطفى أبو زيد فهمي** ، القانون الإداري ، الطبعة 3 ، 1990.

64- **مصطفى عبد العزيز الطراونة** ، القرائن القضائية للإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به - دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011 .

65- **مصطفى كمال وصفي** ، مصنفة النظم الإسلامية ، معهد الدراسات الإسلامية ، الطبعة 1.

66- **ناصر لباد** ، الوجيز في القانون الإداري ، مخبر الدراسات ....و الراسات ، سطيف ، الطبعة 1 ، 2006.

67- **نبيل إسماعيل عمر** ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002.

68- **نواف كنعان** ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006.

69- **نواف كنعان** ، القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010.

70- **نوفان العقيل العجارمة** ، سلطة تأديب الموظف العام-دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2007.

71- **هاشمي خرفي** ، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية و بعض التجارب الأجنبية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.

- المتخصصة-

01- **حمد عمر حمد** ، السلطة التقديرية للإدارة و رقابة القضاء عليها ،أكادمية نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2003.

02- **رمضان محمد بطيخ** ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.

03- **سامي جمال الدين** ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.

04- **محمد مصطفى حسن** ، السلطة التقديرية للإدارة في القرارات الإدارية ، مطبعة عاطف ، 1974.

ب) باللغة الفرنسية

- العامة-

01- **André . De Laubadére** , Traite de droit administratif , Tome 1 , 14éme édition , L.G.D.J , Paris , 1996.

02- **Auby (J-M) et Drago (R)** , Traite de contentieux administratif , Tome 2 , 2éme édition , L.G.D.J , Paris , 1975.

03- **Debbasch (Ch)** , Contentieux administrative , 3éme édition , 1981.

04- **Duez et Debeyer** , Traite de droit administratif , 1952.

05- « **Duguit . George** , Traite de droit constitutionnel , 2éme éd. , t. 2 . »

06- **Maurice . Hauriou** , Précis de droit administratif , 12^{e} éd. , 1933.

07- **René . Chapus** , Droit administratif générale , Tome 1 , Montchrestien , 9éme édition , Paris , 1995.

08- **Rivero (J)** , Le juge administratif français un juge qui gouverne , Dallozch ,1951. .

09- « **Stassinopoulos . (M.D)** , Traité de actes administratifs Athénes , 1954. »

10- **Vedel (G) et Delvolve (P)** , Droit administratif , P.U.F. , Paris , 1982.

11- **Waline (M)** , Précis de droit administratif , 1969.

- المتخصصة -

01- **Braibant (G)** , Le principe de proportionnalité , Mélanges offertes à **Waline (M)** , Tome 2 , L.G.D.J. , Paris , 1974.

02- **Guibal . Michel** , De la proportionnalité , A.J.D.A. , 1978.

03- **Jean Claude . Venezia** , Les pouvoirs discrétionnaire , Paris , L.G.D.J. , 1958.

04- **Lino . Diqual** , La compétence liée , P.U.F. , Paris , 1964.

05- **Philippe . Xavier** , Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française , Presse universitaire d'Aix Marseille , 1990.

06- **Rousseau (D)** , Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative , Poitiers , 1979. .

07- **Sauvigon . Edouard** , La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir , A.J.D.A. , Avril 1971.

08- **Waline (M)** , Entendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration , Conseil d'état , Etudes et documents , paris , 1956.

09- **Waline (M)** , Etendue et limites du contrôle du juge administrative sur les actes de l'administration , .E.D.L.E. , 1956.

رابعا- المقالات

أ) باللغة العربية

01- **العربي زروق** ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006 .

02- **العربي زروق** ، مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا (بين المنافع و الأضرار) : النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006 .

03- **أحمد حافظ عطية نجم** ، السلطة التقديرية للإدارة و دعاوى الإنحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الثاني ، ديسمبر 1982.

04- **أيمن محمد حسن** ، المشروعية الإدارية و حدود رقابة الملاءمة ، مجلة هيئة قضايا الحكومة ، السنة 28 ، العدد 01 ، مارس 1984.

05- **حاحة عبد العالي - أمال يعيش تمام** ، الرقابة على تناسب القرار الإداري و محله في دعوى الإلغاء ، مجلة المنتدى القانوني - قسم الكفاءة المهنية للمحاماة جامعة محمد خيضر بسكرة - ، العدد 05 ، أفريل 2008.

06- **سليمان محمد الطماوي** ، السلطة التقديرية و السلطة المقيدة ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية ، السنة الرابعة ، العددان الأول و الثاني يناير ، 2 يونيو 1950.

07- **عبد الفتاح عبد الحليم البار** ، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجاس الدولة ، الجزء الأول ، مجلة العلوم القانونية ، السنة 37 ، العدد 02 ، القاهرة ، ديسمبر 1995.

08- **غناي رمضان** ، موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء - حالة الغلط الصارخ في التقدير- ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 06 ، 2005.

09- **فريذة أبركان** ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 01 ، 2002.

10- **ليلى زروقي** ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 03 ، 2003.

11- **محمد الأمين كمال** ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية (أوجه الإلغاء) ، مجلة التشريع و القضاء ، السنة 03 ، العدد 04 صدر لتشرين الأول / تشرين الثاني / كانون الأول ، 2011.

12- **محمد إسماعيل علم الدين** ، إلتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه و القضاء الفرنسي ، مجلة العلوم الإدارية ، السنة 13 ، العدد 03 ، ديسمبر 1971.

13- **محمد متولي صبحي** ، حدود رقابة قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 18 ، العدد 02 ، 1974.

14- **محمود سلامة جبر** ، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 28 ، العدد 4 ، ديسمبر 1984.

15- **محمود سلامة جبر** ، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ و الجزاء ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، السنة 35 ، العدد 01 ، القاهرة ، مارس 1991.

16- **محمود سلامة جبر** ، رقابة مجلس الدولة الفرنسي في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، مجلة هيئة قضايا الحكومة ، السنة 37 ، العدد 01 ، القاهرة ، مارس 1993.

17- **محمود سامي جمال الدين** ، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا) ، مجلة الشريعة و القانون - كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة - ، العدد 03 ، يوليو / تموز/ 1989.

18- **مسعود شيهوب** ، قيود مبدأ المشروعية في الظروف العادية أو حدود خضوع الإدارة للرقابة القضائية ، حوليات وحدة البحث / إفريقيا و العالم العربي - جامعة منتوري قسنطينة - ، 1997.

19- **مسعود شيهوب** ، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الإستثنائية ، حوليات وحدة البحث / إفريقيا و العالم العربي - جامعة منتوري بشير بقسنطينة - ، 1998.

20- **مصلح الصرايرة** ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التى أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية ، المجلد 25 ، العدد 01 ، 2009 .

21- **نذير محمد أوهاب** ، السلطة التقديرية : مفهومها و تأصيلها (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الإداري) ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب ، المجلد 13 ، العدد 25.

22- **يحي الجمل** ، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين في تكييف الوقائع ، مجلة القانون و الإقتصاد ، السنة 41 ، العدادان 03 – 04 ، 1970.

ب) باللغة الفرنسية

01- **Boudouin Concl** . Sous l'affaire Guye , C.E. 6 Novembre 1970 , R.D.P. , 1971.

02- **Bonnard (F)** , Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour exce's de pouvoir , R.D.P. , 1923 .

03- **Jeze** , Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité , R.D.P. , 1944.

04- **Meissa . Diakhate** , La Responsabilité disciplinaire du fonctionnaire en droit Sénégalais , Afrilex , Aout 2012.

05- **Michel . Filion** , Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé forme de normes administratives : les directives , les cahiers de droit , Vol.20 , n° 4 , 1979 , P 855 – 899. http://id.erudit.org/iderudit/042350ar.

06- **Mohammed . Amine** , Réflexions de la fonction de juge administratif , R.E.M.A.L.D. , n° 103 , Mars-Avril 2012.

07- **Waline (M)** , le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel , R.D.P, paris , 1930.

خامسا- مداخلات و دراسات

01- المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية ، أعمال السيادة بين الإطلاق و التحديد ، ورقة عمل للمؤتمر أعدها السيد: **مسعودي حسين** - رئيس غرفة بمجلس الدولة الجزائري - ، أبو ظبي ، 11 و 12 - سبتمبر - 2012 .

02- **ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري** ، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، دراسات علوم الشريعة و القانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 35 ، العدد 2 ، 2008 .

سادسا- الرسائل و المذكرات الجامعية

أ) رسائل الدكتوراه

- باللغة العربية –

01- **قوسم حاج غوثي** ، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية و الرقابة القضائية عليه - دراسة مقارنة - ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان ، 2011 – 2012 .

02- **عصام عبد الوهاب البرزنجي** ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة عليها ، دكتوراه مقدمة في كلية القانون عين الشمس ، القاهرة ، 1971.

03- **مجدي دسوقي محمود** ، المبادئ العامة للقانون و المشروعية الداخلية للقرار ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1998.

04- **محمد فريد سليمان الزهيري** ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحقوق بالمنصورة ، 1989.

05- **محمود سلامة جبر** ، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الإلغاء ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، 1992.

- باللغة الفرنسية –

01- **Dubisson (M)** , La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir , Thèse Paris , L.G.D.J. , 1958.

02- **Jeanneau (B)** , Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative , Thèse Paris , 1954.

03- **Lodovici** , L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire , Thèse Lille , 1937.

04- **Vedel (G)** , Essai sur la notion de cause en droit administratif française , Thèse Toulouse , Siry 1934.

ب) مذكرات ماجيستير

01- **بن هني لطيفة** ، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع الدولة و المؤسسات العمومية - ، كلية الحقوق ببن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ،2011 – 2012.

02- **بوقريط عمر** ، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري بشير بقسنطينة ، 2006 – 2007.

03- **حاحة عبد العالي** ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع القانون العام- ، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية ، جامعة محمد خيضر ببسكرة ، 2005.

04- **خليف ياسمين** ، رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون - فرع قانون المنازعات الإدارية- ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتزي وزو ،2011.

05- **سلام عبد الحميد محمد زنكة** ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية - دراسة مقارنة - ، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الإداري ، كلية القانون و السياسة ، الأكادمية العربية المفتوحة في الدنمارك ، 2008.

06- **فادي نعيم جميل علاونة** ، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2011.

07- **نقاش حمزة** ، الظروف الإستثنائية و الرقابة القضائية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام - فرع الإدارة العامة و إقليمية القانون - ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري بشير بقسنطينة ، 2010 - 2011.

سابعا- المجموعات

أ) باللغة العربية

01- **على محمود مقلد (المترجم)** ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2009.

ب) باللغة الفرنسية

01- **H . Bouchahda , Rachid . Khelloufi** , Recueil d'arrêts jurisprudence administrative , office publications universitaire , Alger , 1979.

الفهـــــــــــرس